Alfredo Etcheberry

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO I

TERCERA EDICION
REVISADA Y ACTUALIZADA

Editorial Jurídica de Chile

Obra clásica y genuina que analiza el Derecho Penal mediante un examen severo desde el punto de vista del derecho positivo vigente, de la tradición doctrinaria y de los preceptos constitucionales.

La primera y la segunda edición de esta obra en cuatro tomos, publicados en 1964 y 1976, respectivamente, marcaron un hito en el estudio de las ciencias penales y se encuentran agotadas desde hace mucho tiempo. Sin duda, este texto, como ningún otro en nuestro medio, constituye el más completo análisis del Derecho Penal y tiene la ventaja de extenderse no sólo a la Parte General, sino también a los delitos en particular o Parte Especial, cuyo estudio ha sido menos cultivado por la doctrina nacional, con lo cual la obra presta una peculiar utilidad a los jueces y abogados.

La nueva edición de este valioso tratado no sólo ofrece la excelente sistematización del Derecho Penal hecha por su autor, sino que, además, contiene interesantes reflexiones sobre nuevas materias comprendidas en disposiciones constitucionales, en el Código Penal, y en numerosas leyes penales especiales, y presta particular consideración a las implicancias de carácter penal que derivan del derecho internacional y limitan el *ius puniendi*.

En cuanto a la teoría del delito, el autor ha prestado especial atención a las cuestiones relativas a la interpretación de la ley penal; a los problemas derivados de los delitos de omisión y de comisión por omisión; a la culpa y los delitos culposos; al error, sus clases y efectos, y a la teoría de la participación criminal, temas todos que son objeto de un desarrollo considerablemente más extenso que en las ediciones anteriores.

Aunque el libro conserva fundamentalmente su carácter didáctico, extiende su análisis más allá del Código Penal, cuerpo legal al cual están limitados los programas universitarios de enseñanza del ramo.

La erudita formación jurídica del autor y su extensa experiencia acumulada en la cátedra y el foro, son ofrecidas con generosidad a quienes cultivan el Derecho Penal, en esta tercera edición actualizada y aumentada. A ello debe agregarse la forma clara y precisa de exposición, que la hace accesible tanto al especialista como al estudiante.

Editorial Jurídica de Chile

DERECHO PENAL

Tomo Primero

PARTE GENERAL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Primera edición, 1964
Segunda edición, 1976
Tercera edición, 1998
Reimpresión tercera edición, 1999

© ALFREDO ETCHEBERRY

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 103.262, 1998
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta tercera edición
en el mes de abril de 1999

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN OBRA COMPLETA 956-10-1205-7
ISBN 956-10-1206-5

ALFREDO ETCHEBERRY

Profesor Ordinario y Extraordinario de Derecho Penal de la Universidad de Chile

con la colaboración del Profesor Jorge Ferdman, de la Universidad de Chile

DERECHO PENAL

Prólogo del Dr. Sebastián Soler

TOMO PRIMERO

PARTE GENERAL

Tercera edición revisada y actualizada 1997

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

A la memoria
de mi padre,
Pedro Etcheberry.

PROLOGO

Siempre resulta un hecho favorable el de que libros buenos se agoten; habla bien a un tiempo del autor y del medio cultural al que el libro ingresa. Aparte, sin embargo, de esa apreciación, genérica y como tal insegura, en el caso del *Derecho Penal,* del Profesor Alfredo Etcheberry, para considerar bien venida la reedición, hay muy especiales y buenas razones provenientes de considerar quién es el autor, qué es el libro, cuál la materia tratada en él y el ambiente cultural dentro del que ha gravitado.

En la ciencia del derecho penal, en efecto, han ocurrido y ocurren en América Latina ciertos desvíos que otras ramas del derecho no han padecido. En aquélla se llegó a postular la necesidad de sustituirla por una nueva ciencia natural y hasta algunos profetas anunciaron la próxima muerte del derecho penal en sí mismo, como conjunto de normas dotadas de sanción retributiva. La criminología se encargaría de acabar con ellas.

Cuando se comenzó a ver la inanidad de la metafísica fundante de aquellas tesis, su inconsistencia y la ceguera política del sistema postulado, aún sin haberse extinguido del todo los rastros del antiguo credo, se inició una reacción que, empujada con la agresiva fe de algunos conversos, fue a parar a excesos doctrinarios de opuesta naturaleza, pero que terminan también en un escamoteo del preciso objeto de la ciencia del derecho, constituido por las normas del derecho positivo. Este nuevo desvío, ciertamente menos radical que el anterior y más elegante, no desnaturaliza, en general, la ciencia del derecho, antes al contrario; compartidas o no sus nuevas tesis y su metodología, debe reconocerse que con respecto al sistema jurídico dentro del cual nacieron y al cual están destinadas, constituyen construcciones ingeniosas, aunque con razón discutidas dentro de su propio ambiente. como adecuadas para instaurar una nueva ciencia y una nueva metodología. Esa disputa tiene lugar hoy en Alemania.

En el derecho penal latinoamericano, tan cargado de culpas, la nueva falla viene a consistir en la ingenua copia de un sistema teórico cuyo

sustento dogmático está dado por un determinado derecho positivo, y en su trasplante en bloque a cualquier derecho, como una teoría dotada de validez universal. El mal no pasaría de ser un defectillo de pedantería erudita, con uso obligatorio de fórmulas verbales como santo y seña de una cofradía. Lo que en esto reviste gravedad es que con ello la ciencia del derecho penal, olvidando su tarea específica, va a parar de nuevo a un mar de teorías y discusiones sobre tesis opinables, discrepancias que pueden ser llevadas indefinidamente, sin tope y sin instancia decisoria válida.

La ciencia del derecho penal, que en Alemania tiene un objeto propio, un rumbo, un claro norte y una riqueza ejemplar, viene a ser trasladada como si fuera una nueva teoría del derecho natural, traslado ilegítimo aun desde el punto de vista de la propia dogmática alemana, que si de algún defecto adolece es el de un provincianismo extremoso. Y éste es también un desvío latinoamericano, que en derecho solamente ha incidido sobre la rama penal.

Pues bien, ante estos vaivenes teóricos del derecho penal, comencemos por señalar un hecho fundamental y afortunado. Etcheberry es un excelente penalista, pero, ante todo, es un jurisconsulto, y esta condición lo ha colocado desde su juventud en la actitud teórica correcta dentro de la especialidad. Para él no hubo vacilaciones en un punto fundamental: el de que los conceptos jurídicos son conceptos normativos, formados sobre normas. Para él, "la labor fundamental de la dogmática jurídica es la 'construcción jurídica', que no es otra cosa que un proceso progresivo de generalización e integración de disposiciones particulares en una estructura general". Los dogmas de esta ciencia son "los preceptos del derecho positivo que se nos imponen externamente como una realidad, aunque podamos considerarlos rechazables e inconvenientes" (*D. Penal,* p. 24). Para él, la dogmática trabaja con preceptos del derecho positivo, de modo que "la formulación de un concepto filosófico, sociológico o político del delito es ajena a su campo de investigaciones" (p. 160).

Ese punto de vista central, firme, no es en el autor una teoría más, sino una actitud natural que lo entronca con la corriente secular de la ciencia jurídica, que siempre se ha ocupado no ya de meros devaneos de la imaginación, sino de las leyes que amparan a los hombres, castigan sus faltas, las defienden de la arbitrariedad y, a veces, por sus deficiencias, los hacen sufrir con injusticia.

En ningún momento, a la mirada vigilante de Etcheberry, los árboles teóricos le impedirán ver el bosque real; su buen sentido virtual es la piedra de toque para juzgar de las doctrinas. Su buen sentido y la firme base constitucional sobre la cual está para él constituido el dere-

cho todo, incluso, por cierto, el derecho penal. Escribe derecho penal chileno, con plena conciencia de la gravedad real y vital de su tarea, pensando que la función primaria que sus palabras cumplirán será la de contribuir a que los hombres que deben ser juzgados lo sean según la ley con justicia.

De ahí deriva una virtud muy manifiesta en la persona y la obra de Etcheberry: es prudente, según cuadra serlo al jurista que al escribir piensa más en las cortes de justicia que en los paraísos académicos. A Etcheberry el derecho lo hace sufrir como ciudadano modelo que es.

Como escritor, oye todas las voces, recibe con atención y sin prejuicios las novedades teóricas; pero conoce bien la diferencia que hace años señalara Carnevale: "estudiar en los gabinetes, discutir en la escuela, avanzar hipótesis y retirarlas, ponerse de acuerdo o polemizar, es una cosa; hacer experimentos sobre la libertad de los ciudadanos es otra".

La piedra de toque para medir las innovaciones, los aportes legítimos, estará dada siempre por los preceptos constitucionales y comunes del derecho positivo. Consciente de que la moderna ciencia jurídica es una acumulación secular de saber y de experiencia, la actitud de Etcheberry ante el sistema jurídico lo coloca como un clásico, en el sentido genuino de esta palabra, y no aceptará novedades teóricas sin haberlas antes sometido a un examen severo desde el punto de vista del derecho positivo vigente y de la tradición doctrinaria, nunca gratuita, de la ciencia jurídica. La enseñanza de Paulo según la cual *"non ex regula jus summatur sed ex jure, quod est, regula fiat"* (fr. 1, D., 50, 17) es una instancia conceptual en el curso de todo este valioso tratado. Como ejemplo de ello puede tomarse la negativa del autor a la adopción de modificaciones sustanciales en la sistematización de la materia (t. I, p. 274) y las reflexiones que en esta nueva edición están dedicadas al concepto de dolo y a la diferencia que lo separa del de Vorsatz, y que veda la aceptación de ciertas teorías creadas sobre bases legales que no corresponden a las del derecho chileno.

Estamos, pues, ante un libro escrito en plena conciencia de la gravedad vital que siempre tienen los temas del derecho y, en particular, los del derecho penal. Está escrito por el intelectual agudo y atento, y por el jurisconsulto prudente, que viven juntos y en paz en el alma de Alfredo Etcheberry.

SEBASTIÁN SOLER

NOTA A LA PRIMERA EDICION (1964)

Esta obra tiene por finalidad principal la de servir de texto auxiliar a los alumnos de nuestra cátedra, como complemento de las explicaciones y de los trabajos de clase. Por consiguiente, se trata de una obra de dogmática jurídica. Hemos reducido al mínimo indispensable las referencias de carácter criminológico y sociológico, cuyo estudio debe corresponder propiamente a otras disciplinas no jurídicas.

Por otra parte, fieles a este mismo propósito, no hemos abordado problemas pertenecientes a la filosofía del derecho, tales como la libertad humana, el fundamento del *jus puniendi,* los fines de la pena, la pena de muerte, la personalidad del Estado, etc., sino en la medida en que ello fuera estrictamente necesario para una adecuada comprensión de las materias propiamente jurídicas.

En cuanto al método seguido para el tratamiento de los distintos temas, las dimensiones de esta obra nos han obligado a emplear un criterio selectivo. De propósito nos hemos limitado al estudio particularizado de algunos puntos esenciales, dejando otros sólo esbozados. Sin embargo, hemos procurado que los principios fundamentales y el método de trabajo expuestos en relación con los primeros, permitan a quien estudie esta obra abordar correctamente los problemas que no han recibido especial desarrollo en el texto.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, confiamos en que la presente obra resultará de utilidad no sólo para los estudiantes, sino también en alguna medida para jueces y abogados.

EL AUTOR

NOTA A LA SEGUNDA EDICION (1976)

A doce años de la publicación de esta obra, varias razones nos han movido a reeditarla. En primer término, su destino fundamental es el de servir de texto auxiliar a los alumnos de nuestra cátedra, y la circunstancia de haberse agotado hace tiempo impide que ellos puedan utilizarla. En seguida, muchos colegas del foro y la magistratura nos han dicho que una reedición actualizada cumpliría una función provechosa para el ejercicio profesional y la administración de justicia. Además, en el tiempo transcurrido desde la aparición del libro, ha habido numerosos e importantes cambios en la legislación penal nacional, y han visto la luz meritorias obras de doctrina penal chilena, de todo lo cual resultaba indispensable dar noticia a los alumnos y lectores. Es inevitable, en fin, que una mayor maduración de nuestro pensamiento nos haya llevado a modificar algunos puntos de vista respecto de ciertas cuestiones particulares: cuando ello ocurre, lo hacemos notar expresamente en el texto.

Hemos resistido, sin embargo, la tentación de cambiar las características del libro, lo que nos habría obligado, prácticamente, a reescribirlo en su integridad. Sin renunciar a hacerlo algún día, pensamos que transformar la obra en trabajo de mayor extensión y de carácter netamente doctrinal sería privarla de su principal utilidad. Nos hemos empeñado, por lo tanto, en recoger los más importantes avances de la doctrina y en exponerlos en lo que ha sido el tono general del libro: reducidos a su esencia y explicados con claridad. El lector observará una mayor extensión en el tratamiento de cuestiones que en el último tiempo, y bajo la influencia particular de los finalistas alemanes y españoles, han sido objeto de especial estudio en nuestro medio: teoría de la omisión, vinculación entre el dolo y la culpabilidad, algunos aspectos de la participación y el *iter criminis,* etc. Se han suprimido, por otra parte, pasajes que las reformas legislativas han tornado inútiles o atrasados.

Nuestro profundo agradecimiento al profesor SEBASTIAN SOLER, quien generosamente ha querido prologar nuestra obra.

Por último, esta nueva edición ha servido para corregir numerosas erratas y cierto desaliño de estilo de la primera, que los lectores sin duda habrán notado, y que se debieron a la premura de las circunstancias en que fue entonces publicada.

EL AUTOR
Santiago, enero de 1976

NOTA A LA TERCERA EDICION (1997)

Muchas circunstancias nos han decidido a acceder a la amable insistencia de la Editorial Jurídica de Chile para publicar una tercera edición de nuestro *Derecho Penal,* a veintiún años de haber visto la luz la segunda. Desde luego, las reformas legislativas en tan largo período han sido considerables, particularmente en la Parte Especial, pero también en la Parte General, y era preciso no sólo dar cuenta de ellas, sino analizarlas y explicarlas desde un punto de vista doctrinal. Mucha importancia se ha dado en esta nueva edición a las bases constitucionales del derecho penal: la experiencia nacional desde 1973 a 1990 nos ha mostrado claramente que la "misión de garantía", que FONTAN BALESTRA asignaba al derecho penal, se refiere sobre todo a la defensa de las garantías constitucionales. También hemos dado considerable extensión a los fundamentos internacionales del derecho penal y la forma en que los principios y documentos de alcance universal se imbrican en las disposiciones constitucionales y legales del derecho interno, dada la particular relevancia que este tema ha adquirido entre nosotros. Nuestro propio pensamiento también ha madurado y evolucionado: así, por ejemplo, la particular dedicación con que a lo largo del tiempo hemos reflexionado sobre la tarea vital de la interpretación de la ley, nos ha movido a consignar en el texto, aparte de las conocidas reglas de derecho positivo sobre la materia, lo que consideramos los principios lógicos y valorativos permanentes, para la interpretación de cualquier sistema jurídico escrito. También hemos agregado nuevas consideraciones sobre la omisión y los problemas que plantea, tema que ya en la segunda edición aparecía tratado con mayor extensión que en la primera. A la inversa, hemos procurado reducir a sus justas proporciones algunos temas, como el de la relación de causalidad, que ya no son objeto de una atención tan intensa por la doctrina. En materia de reprochabilidad, hemos dado mayor extensión a las explicaciones sobre la culpa y el delito culposo, que tal vez eran demasiado esquemáticas en las ediciones anteriores. Del mismo modo, hemos hecho un análisis más profundo de la partici-

pación criminal, y especialmente de la noción legal de autor. En la Parte Especial, hemos dedicado mayor espacio a temas como la determinación del comienzo y fin de la existencia humana, tan importantes en todo lo relativo a los delitos contra la vida. Y por cierto, hemos adecuado nuestras consideraciones a los cambios en los textos legislativos y hemos procurado prestar la debida atención a los numerosos aportes de la doctrina nacional y extranjera de los últimos tiempos, particularmente a los que se han expresado a través de obras generales sobre la teoría del delito y la pena.

Debemos poner de relieve el papel fundamental que ha revestido en esta edición la colaboración del profesor JORGE FERDMAN, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, particularmente en la actualización legislativa, en la corrección de los textos y en el intercambio de puntos de vista sobre los temas de mayor importancia. Vaya para él nuestra sincera gratitud.

La benévola acogida dispensada por el público a las ediciones anteriores de esta obra nos permite confiar en que, con esta tarea de revisión y actualización, ella siga cumpliendo la finalidad que le asignamos desde su primera aparición: la de prestar utilidad a los estudiantes y a nuestros colegas de la cátedra, el foro y la magistratura.

EL AUTOR
Santiago, noviembre de 1997

Primera Parte

EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

Capítulo I

DERECHO PENAL: DELITO Y PENA

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

El derecho penal, en sentido amplio, **es aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o impone determinadas acciones, y establece penas para la contravención de dichas órdenes**. La pena es la pérdida o disminución de sus derechos personales que la ley impone a una persona (el delincuente) como consecuencia de determinados hechos (el delito).

No todas las referencias que el derecho hace al delito y la pena, forman parte, sin embargo, del derecho penal. Son disciplinas diferentes, y relativamente autónomas, el derecho penal **sustantivo**, el derecho penal **adjetivo** y el derecho penal **ejecutivo**. Se ocupa el primero de la determinación abstracta de los delitos y la conminación de las penas; el segundo, de las maneras de hacer efectivas las reglas establecidas en principio por el primero: se trata del procedimiento penal. Por fin, el último reglamenta la forma de llevar a cabo las penas impuestas; es una rama particular del derecho administrativo.

Por otra parte, no todos los preceptos que establecen penalidades forman parte integrante del derecho penal sustantivo. Tal es el caso, v. gr., del **derecho penal disciplinario**, que tiene por objeto el cumplimiento del deber de obediencia que unas personas tienen para con otras en virtud de un vínculo jerárquico de subordinación. En esta clase especial de derecho penal son observados con menos rigor los principios de que no hay delito sin ley previa y del necesario proceso legal para imponer la pena. Este derecho incluye, v. gr., las facultades disciplinarias de los tribunales superiores de justicia con respecto a los inferiores, de los miembros de las Fuerzas Armadas para con los subordinados, de los jefes de la administración pública para con los subalternos. Además, se aparta también del derecho penal propiamente tal, o derecho penal **común**, como suele denominársele, el llamado derecho penal **administrativo**, en el cual el objetivo no es la represión de la delincuencia ni la tranquilidad social,

sino el recto funcionamiento de la administración pública, entendida ésta en sentido amplio, comprensivo de la total actividad del Estado. Se dirigen estas disposiciones jurídicas a los particulares, a fin de compelerlos a observar sus obligaciones para con la administración pública. Dentro de este derecho penal especial, cabe mencionar el derecho penal **de policía** y el derecho penal **financiero**: este último tiene por objeto vigilar la observancia, por parte de los ciudadanos, de sus deberes de carácter pecuniario para con el Estado.

Delimitado así el campo del derecho penal común, cabe advertir que la expresión "derecho penal" se usa en muchos sentidos, de modo que resulta un término equívoco. Por una parte significa un conjunto de normas, una parte del ordenamiento jurídico; por la otra, se denomina así a una disciplina de estudio, cuyo objeto está constituido precisamente por dichas normas. Para evitar equívocos, es preferible reservar la designación "derecho penal" para el derecho mismo, y llamar "ciencia del derecho penal" a la disciplina de estudio correspondiente.

El derecho penal, así concebido, presenta ciertas características que lo distinguen de las restantes ramas del derecho:

1. Es un ordenamiento **de derecho público**. La función represiva está reservada en forma exclusiva hoy día al Estado. Sólo éste puede dictar normas que establezcan delitos e impongan penas. Podría todavía decirse que esta potestad punitiva representa por excelencia el poder interno: el imperio o soberanía interior del Estado.

2. Es un **regulador externo**. La actitud antisocial del sujeto, su rebeldía frente a la orden dada por el derecho, debe revestir una forma externamente apreciable para que pueda ser sancionada. Desde el Digesto se admite el principio **cogitationis poenam nemo patitur** (los pensamientos no son penados). La norma jurídica, a diferencia de la moral, no puede ser desobedecida sino externamente, pues sólo a dicha clase de actos se refieren sus disposiciones.

3. Es un orden **normativo** (o **imperativo**). La norma jurídica siempre manda o prohíbe. Contiene órdenes encaminadas a obtener o a evitar determinadas conductas por parte de los ciudadanos. No son simples afirmaciones de hechos, ni pronósticos, sino que pretenden verdaderamente modelar el futuro, influyendo sobre la forma en que los hombres se comportan. Esta característica ha sido modernamente puesta en duda por algunas corrientes de filosofía del derecho, pero constituye en verdad la piedra angular de todo el edificio jurídico-penal.

4. Es un ordenamiento **aflictivo**. Es ésta tal vez la característica más específica y propia del derecho penal, pues las anteriores las comparte,

en mayor o menor grado, con otras ramas del derecho. Toda regla jurídica contempla un precepto: algo que debe hacerse o no hacerse, y una sanción, la consecuencia que la ley establece para el caso de contravención. Lo que caracteriza al derecho penal es que la sanción que sus preceptos señalan es lo que hemos llamado la pena, o sea, una pérdida o disminución de derechos personales que el transgresor debe sufrir y que el Estado debe imponerle por medio de sus órganos. Esta especial característica del derecho penal da origen a una controversia acerca del carácter **autónomo** o **sancionatorio** de esta rama del derecho, es decir, si lo propio del derecho penal es tanto el precepto como la sanción, o solamente la sanción, esto es, la pena. De este punto nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

Nos corresponde ahora determinar el contenido del derecho penal. Ante todo, debe observarse que el derecho penal suele ser llamado también **derecho criminal**, denominación correcta y que tiene una larga tradición histórica. Es el nombre que conserva en los países anglosajones (**Criminal Law**), y cuenta con el favor de juristas tan ilustres como CARRARA. En verdad se trata sólo de una cuestión de énfasis: considerando primordialmente la pena, se emplea la denominación "derecho penal"; atendiendo preferentemente al delito (o crimen), se usan los términos "derecho criminal". Se han propuesto, sin mayor fortuna, otras denominaciones, como "derecho sancionatorio" o "derecho de defensa social". Las críticas a la denominación tradicional señalan su insuficiencia, pues esta rama del derecho debe referirse también a ciertas instituciones jurídicas cuyo fin no es la represión de los delitos ya cometidos, sino la prevención de los delitos y la rehabilitación de quienes los han cometido o pudieran cometerlos, instituciones que en general se denominan "medidas de seguridad". Sin embargo, debe admitirse que las medidas de seguridad, aunque su finalidad sea diferente, se traducen en último término en alguna forma de disminución de derechos personales, y caben también en ese concepto tan amplio de **pena**. Por fin, caen dentro del estudio del derecho penal algunas instituciones de carácter fundamentalmente civil, como las reglas acerca de la indemnización debida a las víctimas de un delito, ya que cuando ella es consecuencia de la comisión de un acto de esa especie, la retribución no es sólo cuestión de interés privado, sino igualmente de interés social.

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Suele discutirse, un tanto innecesariamente, si el derecho es ciencia o es arte. Crear el derecho, interpretarlo y aplicarlo son artes: artistas

son el legislador, el abogado y el juez. Pero acerca de este arte puede existir una ciencia, como la hay sobre la pintura o la música, sin que dejen de ser actividades artísticas. En cuanto a la materia misma con que el arte trabaja y que la ciencia estudia, es decir, los preceptos penales, no son ni ciencia ni arte: son una realidad social más, tal como un cuadro no es arte, sino un objeto artístico. La disciplina de estudio sobre el derecho, realidad social, es lo que se llama la "ciencia del derecho penal".

El derecho puede ser estudiado desde diversos puntos de vista. Puede analizarse un derecho penal que ya no existe, como hizo MOMMSEN respecto del derecho penal de los romanos. Esta clase de estudio pertenece propiamente a la Historia del Derecho. En seguida, puede concebirse un sistema de normas que se considera deseable desde el punto de vista de determinados valores ideales; este estudio pertenece a la Filosofía del Derecho; y la labor artística consistente en traducir a la realidad este sistema ideal es la Política Criminal, parte de la política en general. Por fin, puede analizarse un derecho existente y vigente, para explicar su significación y alcance. El verdadero jurista deberá preocuparse de todos estos aspectos, pero dentro de esta cátedra el estudio está principalmente orientado hacia el análisis y comentario del derecho vigente en la actualidad, y en particular hacia el derecho penal sustantivo y común.

Nuestro estudio no analiza la ley críticamente, desde el punto de vista de un sistema de valores de filosofía del derecho, ni desde el ángulo de los objetivos reformadores de la política criminal. Por esta razón se llama también a esta ciencia la **dogmática jurídico-penal**. Los "dogmas" de esta ciencia, con los cuales trabaja, son los preceptos del derecho positivo, que se nos imponen externamente como una realidad, aunque podamos considerarlos rechazables e inconvenientes. Es necesario insistir en ello, por cuanto las disciplinas que se ocupan del delito son muchas y de muy variada naturaleza, e históricamente el desarrollo del aspecto jurídico de la ciencia penal se ha visto perjudicado por la intromisión de otras ciencias que, no contentas con desenvolverse en su propio ámbito, han pretendido absorber la ciencia del derecho penal (particularmente ha ocurrido esto con la Criminología y sus disciplinas afines).

Dado su carácter dogmático, el método de la ciencia jurídico-penal es el abstracto, lógico-deductivo. El razonamiento jurídico parte de un dato dado y que no necesita investigarse: la norma. En él se apoya para construir un sistema. Las ciencias que se ocupan del delito desde otros ángulos pueden emplear otro método, como el método inductivo propio de las ciencias de la naturaleza.

La labor fundamental de la dogmática jurídica es la "construcción" jurídica, que no es otra cosa que un proceso progresivo de generalización e integración de disposiciones particulares en una estructura general. Primeramente viene la tarea de **exégesis** o interpretación del sentido y alcance de cada precepto por separado. En seguida, abstrayendo los caracteres comunes de un grupo de normas se tiene la **institución** (v. gr., la tentativa, el concurso de delitos). Por fin, las instituciones mismas pueden tener caracteres comunes y relaciones recíprocas que permiten construir un **sistema** o conjunto ordenado de partes armonizadas en un todo. Hasta aquí llega la labor del jurista penal. Más allá, el filósofo del derecho tomará los diversos sistemas, de las distintas ramas del derecho, y construirá con ellos la **teoría general del derecho**.

No debe sí perderse de vista que el estudio del derecho penal (y en general, del derecho) no es una ciencia puramente intelectual y especulativa, sino una ciencia esencialmente práctica que trata de hacer posible la aplicación del derecho en la vida real. Por eso la dogmática jurídica tiene también un aspecto crítico, pero derivado principalmente de los vacíos o inconsecuencias que se adviertan dentro del sistema vigente en relación con sus propios principios, o las contradicciones que se observen entre lo preceptuado por la ley y las finalidades generales perseguidas por el sistema o por quienes dictaron el precepto. Al dejarse absorber demasiado por el aspecto logicista o formal de la ciencia jurídica, se corre el riesgo de empobrecerla y perjudicarla, en vez de enriquecerla, porque si las conclusiones científicas son impracticables o inaccesibles a los súbditos del orden jurídico, se traiciona su finalidad.

NORMA Y LEY PENAL: CARACTER SANCIONATORIO DEL DERECHO PENAL

El estudio científico del derecho penal debe ser hecho a través de la forma concreta que él asume en la realidad social, que entre nosotros es fundamental y casi exclusivamente **la ley**. La ley penal es formulada como un juicio hipotético, en el cual se señala primeramente una situación de hecho, y en seguida se indica una consecuencia para el caso de que dicha situación se produzca, que en el caso concreto de la ley penal es una pena, en el sentido que ya se ha explicado. Quien más a fondo estudió por primera vez la estructura de la ley penal fue el jurista alemán KARL BINDING, en su obra **Las Normas y su Infracción**.[1] La

[1] BINDING, KARL, *Die Normen und Ihre Ubertretung,* Leipzig, 1890.

ley no agota para él el campo penal: sobre ella está la **norma**, que no es un juicio hipotético, sino categórico: impone lisa y llanamente una obligación. En ese sentido, dice Binding, es un error decir que el delincuente **viola la ley**, pues cuando la ley dispone: "El que mate a otro, sufrirá tal pena", no está en verdad prohibiendo que se mate, sino únicamente disponiendo que si alguien lo hace (caso hipotético) debe seguirse tal o cual consecuencia. Luego, el delincuente no viola la ley penal, sino que, paradójicamente, más bien la **cumple**, puesto que si, de hecho, alguien mata y luego sufre la pena, la ley penal ha obtenido pleno y acabado cumplimiento. La primera parte de la ley penal no es un precepto; es una descripción, y por añadidura, la descripción de una conducta que se supone contraria al precepto. El precepto mismo, que en el ejemplo sería "no matar", se encuentra en la **norma**, que es algo distinto de la ley y superior a ella. ¿Dónde se encuentran las normas? BINDING las analiza y concluye que la mayor parte de ellas se encuentran en las otras ramas del derecho, y aun hay muchas que no se encuentran en el ordenamiento jurídico mismo, sino que se hallan en una zona suprajurídica, social, moral, cultural, religiosa, filosófica, etc.

Esta concepción ha marcado rumbos en la orientación de los estudios jurídicos y filosóficos posteriores: destacados juristas como THON, ZITELMAN, HOLD VON FERNECK, STAMMLER y MAX ERNST MAYER hacen de esta idea el centro de sus investigaciones. Tal vez quienes más han avanzado en su intento de hacer una ciencia del derecho autónoma, fundamentada en el estudio de la **norma jurídica**, son HANS KELSEN, creador de la llamada "teoría pura del derecho", y sus discípulos. Para KELSEN, es rechazable el dualismo de BINDING. Lo que ocurre con la ley es que en ella se encuentran **dos** normas distintas: una, explícita, que se dirige al órgano del Estado (juez) ordenándole imponer pena en determinadas circunstancias; la otra, implícita, que se dirige a la generalidad de los ciudadanos y les ordena abstenerse de realizar la conducta sancionada (norma **primaria** y **secundaria**, las llama KELSEN). Hay, claro está, otras normas en la sociedad, pero no son normas jurídicas, si no aparecen, explícita o implícitamente, en la ley.[1]

A pesar de que la doctrina de las normas de BINDING no es, en general, aceptada hoy día en la formulación primitiva de este autor, se admite en principio que las normas jurídicas son autónomas, aunque su existencia dependa de una ley. En este sentido, dada la ley, se deduce de ella la norma, que pasa a ser lógicamente autónoma: es un

[1] KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho,* Buenos Aires, 1941; *Teoría General del Derecho y del Estado,* Imprenta Universitaria, México, 1950.

mandato abstracto. Y como el solo mandato no señala consecuencia ninguna para el caso de desobediencia, debe concluirse que todas las normas son de la misma naturaleza: simplemente jurídicas. Lo que la norma prohíbe es ilícito. Pero si la contravención acarrea como consecuencia una pena o sólo una indemnización de perjuicios, eso ya no lo dice la norma, sino la **ley**. Las normas, en consecuencia, no son penales ni civiles, sino simplemente jurídicas. Esto es lo que se quiere decir cuando se expresa que el derecho penal es **sancionatorio**: que lo propio y característico del derecho penal se encuentra en la sanción, que es la pena, y que el precepto en nada se diferencia del existente en cualquiera otra rama del derecho. Así, analizando solamente los preceptos: "Nadie debe matar a otro" y "Los dementes no deben contratar", es imposible decir cuál es civil y cuál es penal. Solamente la sanción para la contravención, que es una pena en el primer caso y la nulidad en el segundo, nos mostrará una diferencia, no entre las normas o preceptos, sino entre sus sanciones o consecuencias. Contra este carácter del derecho penal, se sostiene su calidad de **autónomo**; el derecho penal crearía tanto el precepto como la sanción. Se señala al respecto que hay muchas normas o preceptos cuya existencia se deduce exclusivamente de leyes penales, y no de otra clase de leyes. En realidad, eso es efectivo, pero no es un argumento contrario al carácter sancionatorio del derecho penal. Lo que verdaderamente ocurre es que las normas se desprenden del tenor de las leyes (que pueden ser civiles, administrativas, y, naturalmente, las propias leyes penales), y se independizan de ellas, pues tienen un carácter esencialmente imperativo y abstracto; aunque tengan distinto origen, todas tienen la misma naturaleza. Sólo la sanción distingue al derecho penal de las demás ramas del derecho. Afirmar el carácter **sancionatorio** del derecho penal no significa, por lo tanto, postular su dependencia o subordinación a las demás ramas del derecho, sino únicamente admitir la unidad total del orden jurídico.

IMPERATIVIDAD DE LA NORMA

La norma jurídica reviste la forma de una **orden**. Esta orden se dirige a la voluntad humana. Sin entrar a dilucidar el difícil problema de la libertad humana, es un hecho de experiencia la posibilidad de escoger entre diversas conductas que los hombres tienen, como también la capacidad de dirigir sus actos de acuerdo con las expresiones de la norma. El sentido en que se relacionan la voluntad del hombre y la voluntad de la norma constituye el "deber ser" que integra el orden jurídico. Hay figuras destacadas de la ciencia jurídico-filosófica moderna, como el pro-

pio KELSEN y en la Argentina CARLOS COSSIO, creador de la "teoría egológica", que niegan la imperatividad de la norma. COSSIO le atribuye un papel predominantemente cognoscitivo, en tanto que KELSEN no señala con entera precisión cuál es en el último término el significado del "deber ser", aparte de no ser imperativo.

Nos parece, sin embargo, siguiendo la corriente mayoritaria en la doctrina, que el "deber ser" carece de sentido si no se le interpreta normativamente. Si no es imperativo, resultará una simple afirmación de un hecho o un pronóstico acerca de lo que ocurrirá, con lo cual habrá desaparecido toda distinción entre la norma jurídica y las leyes del mundo físico. La norma jurídica no se mueve en el plano del acontecer natural, de las causas a los efectos, sino en el plano del hacer humano, del "querer", de los medios a los fines.

La conminación de la pena, concebida como algo que resultará molesto, doloroso o inconveniente al contraventor, no tendría sentido si al legislador le fuera indiferente el acatamiento de sus órdenes o la desobediencia a las mismas. La amenaza penal tiene por fin **motivar** al posible infractor a que obre o no obre de determina manera. La ley no es un simple espectador que se limita a tomar nota del comportamiento ciudadano, sino que pretende dirigirlo. A esto se le llama también función de **motivación** de la norma, particularmente de la penal.[1]

La contradicción entre ambos órdenes de voluntades es lo que constituye esencialmente el "desvalor" de la acción humana que es calificada de delito, y sirve de criterio esencial de valoración objetiva de la misma. La contradicción entre la voluntad del hombre y la voluntad de la norma es lo que constituye la **antijuridicidad** o contrariedad al derecho.

BIENES Y VALORES JURIDICOS

Las normas y leyes penales son dictadas por quienes gobiernan en una sociedad organizada, es decir, por quienes pueden imponer su voluntad a los demás, sea por la fuerza, sea por el libre consentimiento de los gobernados. Designamos, en general, como "el legislador" a quien dicta la ley. ¿Cómo se procede a la dictación de la norma o ley penal? El legislador profesa un determinado sistema de creencias o de ideas filosófico-sociales; tiene ciertos ideales acerca de la forma en que la sociedad debe funcionar. Luego, advierte que determinadas conductas son

[1] Ver al respecto la obra de MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Penal,* Bosch, 1975, especialmente pp. 46 y ss.

necesarias para que ese funcionamiento ideal se produzca, y en consecuencia, las manda; y que en cambio hay otras que son perjudiciales para tal idea, y en consecuencia, las prohíbe. Cuando impone conductas, es porque las estima necesarias; cuando las prohíbe, es porque las estima dañosas. El legislador considera dañosa una conducta cuando viola un **interés**. El interés es la posición de un sujeto frente a un **bien**, y **bien** es todo aquello que puede satisfacer una necesidad humana, material o ideal[1] (individual o social). El fin de la norma y en último término del derecho todo, es entonces la protección de los intereses.[2] El bien pasa a ser llamado **bien jurídico** cuando el interés de su titular es reconoci o como social o moralmente valioso por el legislador, que le brinda su protección prohibiendo las conductas que lo lesionan.

La función de motivación, mencionada en el párrafo precedente, también es inherente a la norma, pero está subordinada a la función de protección y tiene con ella una relación de medio a fin.

¿Cuáles son, concretamente, los bienes o valores jurídicos? La respuesta dependerá de la sociedad en que se viva y el sistema de valores filosóficos y políticos que la inspiren. Entre nosotros, el bien jurídico supremo y fundamental es la **vida** de cada miembro de la comunidad, tanto en su manifestación última y esencial (la existencia biológica misma) como en sus aspectos más elevados y perfectos. Los bienes por los cuales la persona siente interés, y que el legislador protege, son en el fondo manifestaciones vitales progresivas: primero, como una tendencia conservadora en la existencia física misma, en la integridad corporal y la salud; luego como una tendencia dinámica a desarrollar las posibilidades individuales y a influir sobre el mundo y los demás hombres: honor, libertad, propiedad. Mientras más directo es el ataque a la manifestación vital, más grave es considerado por el legislador, en tanto que disminuye la importancia atribuida a su lesión mientras más disminuye su repercusión sobre la vida del individuo.[3] Esta misma consideración es valedera tratándose de los intereses comunes, que no tienen un titular preciso y determinado, sino que pertenecen a todos los miembros de la comunidad; la existencia misma de la comunidad soberana como tal es el bien jurídico considerado más importante, en tanto que tam-

---

[1] PETROCELLI, BIAGIO, *L'Antigiuridicità*, C.E.D.A.M., Padua, 1951.

[2] MORO, ALDO, *L'Antigiuridicità* Penale, Gaetano Priulla Editore, Palermo, 1947. (Véase pág. 19 del texto impreso.)

[3] Sobre el problema de los bienes jurídicos, véase el trabajo fundamental de ROCCO *L'oggetto del reato o della tutela giuridica penale,* y la monografía de GRISOLIA, FRANCISCO, *El objeto jurídico del delito,* separata de la Revista de Ciencias Penales, Santiago de Chile, vol. XVII, N° 3, 1959.

bién son bienes jurídicos, pero de menor importancia, los derivados de esa existencia común: la actividad administrativa del Estado, su actividad económica, la justicia, la tranquilidad pública, etc.

Pero sea cual fuere el criterio que el legislador siga para proteger los intereses y bienes jurídicos (emplearemos ambos términos indiferentemente, por su estrecha relación), una vez expresado en la norma ya representa la afirmación abstracta de un juicio de valor. No nos parece acertada la distinción de MEZGER[1] entre la función **imperativa** y la función **valorativa** de la norma. La valoración, el orden axiológico que sirve de base a la norma, es un aspecto metajurídico, anterior a su dictación. Una vez dictada la norma, forma parte de su esencia, es absolutamente inseparable de ella, ni aun por una operación lógica. La norma tiene una función **imperativa**, aunque al dictarla, naturalmente, el legislador se ha inspirado en un sistema de valores. Observa MORO con acierto: "Es la sociedad... quien juzga sobre los fines más oportunos de la legislación, en tanto que, superada esta fase, **valoración** y **orden** son una sola cosa: la primera no puede separarse de esta última, cuyo contenido constituye".[2]

NATURALEZA, FINES Y FUNDAMENTOS DE LA PENA

La pena es la consecuencia que la ley señala cuando se ha producido el quebrantamiento de la norma. Intrínsecamente, es una pérdida o menoscabo de derechos personales que sufre el autor de la transgresión. Mirada exclusivamente desde el punto de vista del delincuente, la pena puede ser considerada un **mal**; no así, ciertamente, desde un punto de vista social. E incluso desde el ángulo del delincuente, la ejecución de la pena puede significar un bien en el sentido de educarlo social y moralmente y alejarlo de futuras infracciones.

La imposición de la pena, concebida como un mal que se inflige al delincuente, ha dado origen al problema de encontrar una justificación filosófica al derecho que el Estado (o la sociedad) se atribuye a sí mismo para imponer castigos a sus miembros: el llamado *jus puniendi* o derecho de castigar. Y como consecuencia del mismo, el de determinar si se trata de un derecho absoluto o si reconoce limitaciones. Esto es, suponiendo justificado filosóficamente el *jus puniendi,* ¿otorga éste al

[1] MEZGER, EDMUNDO, *Derecho Penal* (Libro de Estudio), I, p. 134. Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.

[2] MORO, *op. cit.,* pp. 21-22.

Estado la facultad de imponer cualquier clase de pena y ejecutarla en cualquiera forma? Es éste, por cierto, un problema netamente filosófico, prejurídico, que ha sido larga y arduamente debatido desde antiguo, y que no nos corresponde dilucidar aquí. Nos limitaremos a señalar que se observa una tendencia a incorporar al derecho positivo, nacional o internacional, ciertos límites, aunque sean muy generales, al *jus puniendi:* así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 7° (que repite un principio ya recogido en el art. 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos) prescribe que "nadie será sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", y la actual Constitución Política de Chile, en su art. 5°, inciso 2°, estipula: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", aunque luego el texto no señale específicamente dónde se encuentra el límite que el propio legislador soberano debe respetar y dónde prevalece el derecho emanado "de la naturaleza humana". MUÑOZ CONDE considera como principios limitadores del poder punitivo del Estado los de "intervención mínima", esto es, la sanción penal debe reservarse para los casos más graves de ataque a los bienes jurídicos más importantes, y debe evitarse cuando sanciones de otro orden sean suficientes para crear la motivación, y de "legalidad", es decir, el *jus puniendi* debe concretarse a través de una ley, que por sí sola es una limitación, al excluir la arbitrariedad en la amenaza penal, en los casos para los cuales ella se establece, y prohibir la retroactividad; en suma, lo que se conoce como principio de **reserva** o **legalidad**, del que nos ocupamos más adelante.[1]

Cosa distinta es la de determinar la **finalidad** de la pena, ya que ella está señalada en la ley positiva, y el estudio del fin de la ley, aunque vinculado con la filosofía del derecho, entra sin duda ampliamente en el campo de la ciencia jurídica. ¿Para qué señala penas el legislador y luego hace que el juez las imponga? Las respuestas a esta pregunta se dividen entre aquellas que ponen el acento en el carácter **retributivo** de la pena, es decir, en la vinculación de la pena con el delito ya cometido, y las que hacen resaltar el carácter **preventivo** de la pena, su vinculación con los posibles hechos delictivos futuros. Dentro del enfoque preventivo, algunos insisten en la prevención **general**, o sea, en evitar la comisión de delitos por parte de los miembros de la sociedad, y otros en la prevención **especial**, esto es, en la necesidad de evitar que se cometan nuevos delitos por parte de quien ya ha delinquido.

[1] MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

De acuerdo con estos puntos de vista, las teorías pueden clasificarse en la siguiente forma:

1. Teorías fundadas en la **retribución**. Se distingue, dentro de estas teorías, la de la retribución **divina**, cuyos representantes más destacados son STAHL y JOSEPH DE MAISTRE. La violación de la ley humana es también violación de la ley divina; la aplicación de la pena es una exigencia de justicia absoluta, independientemente de cualquiera otra finalidad, y cumple una misión de expiación temporal y espiritual a la vez. Otra teoría es la de la retribución **moral**, llevada a su más elevado desarrollo por KANT. El principio de la retribución del mal con el mal sería un principio de justicia inherente a la naturaleza humana, como el de la retribución del bien con el bien. La pena debe aplicarse por la simple razón de que se ha delinquido, y ello es una exigencia del imperativo categórico del deber. La absoluta retribución talional como principio de justicia domina el pensamiento de KANT. Se distingue también la retribución **jurídica**, desenvuelta por HEGEL. El que comete un delito quiere también la pena, señalada por la ley como consecuencia del delito (o al menos la acepta). El delito es una alteración del orden jurídico, que exige la pena como restablecimiento del orden.

2. Teorías que atienden a la **prevención**. Dentro de ellas se distinguen, según se ha dicho, dos grupos:

a) Las teorías de **prevención general**. Atribuyen a la pena la función de evitar que en el futuro se cometan delitos por parte de todos los ciudadanos, en general. Sus principales formuladores en el campo de lo jurídico han sido FEUERBACH y ROMAGNOSI, aunque en verdad es la doctrina más difundida en el pensamiento jurídico y filosófico tradicional de Occidente. FEUERBACH se apartó de KANT para defender la finalidad preventiva de la pena, cuyo fin es precaver la comisión de delitos mediante la coacción psíquica que su amenaza produce en los hombres. Muy parecido es el punto de vista de ROMAGNOSI, para quien la amenaza penal es el contraimpulso (**controspinta**) que se opone al impulso psíquico (**spinta**) a delinquir. Como corolario de este punto de vista, una vez cometido un delito es necesario aplicar la pena, ya que de otro modo desaparecería el efecto conminatorio y preventivo de la pena para los ciudadanos, ante una amenaza ilusoria.

b) Las teorías de **prevención especial**. Sostienen que la finalidad de la pena es evitar la comisión de nuevos delitos por parte del que ya ha delinquido. Esto se logra mediante su reeducación y readaptación, y si ello no es posible, mediante su eliminación. Se destaca, entre los sostenedores de estas teorías, a GROLLMAN. El extremo punto de vista en este grupo es el sustentado por la teoría **correccionalista**, desarrollada

por ROEDER y sobre todo por DORADO MONTERO. El delincuente es considerado un enfermo; la pena, un bien, y la imposición de la misma, un derecho del delincuente. Los delitos son exclusiva creación legislativa, y la pena sólo enseña al delincuente a gobernar sus actos de conformidad con la voluntad legislativa.

3. Teoría de la **defensa social**. Profesada especialmente por los positivistas, la formuló FERRI en forma escueta: la sociedad tiene derecho a defenderse. La sociedad debe defenderse de sus miembros que se conducen en forma antisocial, tanto de los malos como de los imprudentes, e incluso de los inconscientes: locos, menores, etc. La pena sólo tiene un fin defensista (sin perjuicio de que este fin pueda alcanzarse mediante la enmienda del delincuente).

4. Teorías **mixtas** o **unitarias**. Estas teorías reconocen en la pena más de un fin. Es el caso de ARISTOTELES, para quien la pena tiene un fin preventivo general (el temor puede determinar el comportamiento de los ciudadanos), y la ejecución misma de la pena debe sujetarse a un criterio retributivo, proporcionado a la naturaleza y gravedad del mal.[1] Igualmente, para SANTO TOMAS DE AQUINO[2] la pena tiene una naturaleza retributiva, de devolver igual por igual, en razón de justicia, pero también una finalidad preventiva: mantener, por medio del temor, alejados del delito a los ciudadanos. La pena es sólo uno de los medios de obtener el bien común, y su justificación depende de su calidad de medio para obtener tal fin. En esta misma línea de pensamiento está CARRARA, con su teoría de la **defensa justa**,[3] corolario de su concepto de la tutela jurídica. La ley humana no puede pretender hacer justicia absoluta, que sólo es posible para Dios, y si tal cosa se pretendiera, se confundiría el orden jurídico con el moral. La finalidad de la ley humana debe ser la defensa de la humanidad y de los derechos de sus ciudadanos, que la ley debe tutelar "con una fuerza presente y sensible". Pero la defensa sola podría llevar a castigar actos no malvados a pretexto de conveniencia pública, lo que sería una tiranía; la defensa debe ser **justa**, o sea, la pena debe ser la estrictamente necesaria para conservar los derechos de los ciudadanos. No deja de observarse un pensamiento semejante, que mezcla lo retributivo con lo preventivo, en juristas moder-

[1] ARISTOTELES, *Etica a Nicómaco,* Libros III, V y X.

[2] SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica,* Parte I, I sec., pp. 90-99, y II sec., pp. 9 y 57.

[3] CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal,* prefacio; *Opúsculos de Derecho Criminal,* I, pp. 73 y ss., 133 y ss., 155 y ss., Arayú, Buenos Aires, 1955.

nos de corrientes de pensamiento muy distintas, como es el caso de VON LISZT y de GRISPIGNI.[1]

En nuestra opinión, dentro del campo de lo estrictamente jurídico, la finalidad primaria y esencial del derecho penal es la **prevención general**. Si la orden de la norma tiene un carácter imperativo, y ella prohíbe determinadas conductas, parece hasta tautológico afirmar que ella desea que no se produzcan. Luego, la pena, que es la consecuencia jurídica de la transgresión, ha sido establecida para reforzar el mandato de la norma, para evitar, en general, que se cometan delitos. Negarlo, dice ANTOLISEI,[2] sería como dudar de la existencia del sol. Pero SOLER observa, agudamente, que no debe afirmarse que la finalidad del derecho penal sea la de **suprimir** los delitos, sino que es la de **evitar** los delitos futuros.[3] La supresión total de los delitos es una utopía que supone cambiar la naturaleza humana, y que puede llevar a una política criminal draconiana: en efecto, al advertir que a pesar de la existencia de una pena se siguen cometiendo delitos, la consecuencia lógica es elevar las penas, y si esta elevación no elimina los delitos, volverlas a elevar, y así sucesivamente.

Esta función de prevención general de la pena se cumple primero y fundamentalmente con la conminación penal. En cuanto a la ejecución penal, esto es, a la aplicación de la pena después de cometido el delito, su finalidad primaria es también la de prevención **general**; para mantener el efecto intimidativo de la amenaza penal con respecto a los demás ciudadanos y a los posibles delitos futuros, es preciso que la amenaza penal se cumpla efectivamente: de otro modo, nadie se sentirá intimidado por ella. Pero nada impide, y por el contrario, es aconsejable que así se haga, que la naturaleza de la pena (aun siendo siempre una pérdida o disminución de derechos) y su modalidad de ejecución tiendan también a la prevención **especial**, esto es, a impedir, mediante la readaptación y enmienda del delincuente, que éste vuelva a cometer delitos. Ello, porque los principios y los sentimientos morales de la sociedad contemporánea lo aprueban, y además, desde el punto de vista práctico, porque así se contribuye también a la prevención general: si el objeto es que los ciudadanos en general se abstengan de delinquir, a este resultado contribuirá, sin duda, el hecho de que **este** ciudadano en particular no cometa delitos.

---

[1] LISZT, FRANZ VON, *Tratado de Derecho Penal,* Madrid, 1926; GRISPIGNI, FILIPPO, *Diritto Penale Italiano* (Parte General), A. Giuffré, Editore, Milán, 1952.

[2] ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manual de Derecho Penal,* Buenos Aires, 1960, p. 503.

[3] SOLER, SEBASTIAN, *Derecho Penal Argentino,* Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963, II, p. 344.

Ahora bien, la eficacia misma de la finalidad de prevención general exige que se mantenga una determinada proporcionalidad entre la gravedad de la ofensa y la de la pena. Si el legislador atribuye mayor importancia a determinados bienes jurídicos, lógicamente tendrá un mayor interés en que no se cometan las acciones que los ofenden, y mirará con menor preocupación la comisión de ofensas a otros bienes que considera menos valiosos. Como lógica consecuencia, reservará las amenazas más graves para las ofensas a los bienes jurídicos más importantes, y las de menor gravedad, para las transgresiones menos significativas. La uniformidad penal, sea al nivel más bajo, sea (lo que es más corriente) al nivel más alto, es el mejor método para dejar sin protección a los bienes más valiosos, pues el ofensor de un bien jurídico de importancia secundaria, habiendo ya incurrido en el tratamiento penal más severo, no se detendrá ante la ofensa más grave por el temor de una penalidad más elevada. Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de las penas y su magnitud, el legislador debe tener en consideración un balance de valores, entre el aprecio que él siente por los bienes que quiere proteger y el aprecio que el eventual delincuente siente por los bienes de los cuales se le amenaza con privarlo. Esta apreciación debe hacerse sobre la base de lo que ocurre en la generalidad de los ciudadanos, ya que la conminación penal es abstracta y general, y se dirige a todos. No nos parece muy exacto llamar a esto el fin **retributivo** de la pena; se trata simplemente de su necesaria **proporcionalidad**, indispensable para cumplir con eficacia su fin de **prevención general**.

Estas últimas observaciones se han formulado desde un punto de vista estrictamente jurídico. Consideraciones políticas, culturales y morales determinan también la exactitud de la posición de CARRARA, en cuanto estima que la pena debe ser **justa**, o sea, la mínima indispensable para la defensa de los ciudadanos. La virtud de la justicia debe ser guía y límite de quienes deben sancionar en nombre de la comunidad (legisladores y jueces). No es lícito violar las exigencias morales en nombre de la utilidad social. El que ha perjudicado o puesto en peligro el orden social no debe ser sancionado sino en proporción al daño o peligro causado, y en la medida en que ellos puedan reprochársele.[1]

[1] Sobre este tema conserva su interés la obra clásica de COSTA, FAUSTO, *El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía,* edición en castellano U.T.E.H.A., México, 1963.

Capítulo II

RESEÑA HISTORICA DEL DERECHO PENAL Y LAS CIENCIAS PENALES

EVOLUCION DEL DERECHO PENAL

El estudio pormenorizado de la evolución histórica del derecho penal pertenece propiamente a la Historia del Derecho. No es posible en una obra como la presente referirse al derecho penal de los pueblos más primitivos y ni siquiera al de todos los pueblos de la tierra; primero, porque sólo de un modo muy analógico se puede hablar de derecho penal en grupos sociales en los cuales se desconocen los conceptos de Estado y de orden jurídico; segundo, porque los datos no son siempre concordantes y fidedignos, y la evolución histórica de las prácticas penales no ha sido uniforme ni simultánea en los diversos pueblos, y tercero, porque su influencia sobre el derecho penal chileno resulta remotísima, si es que alguna existe. Nuestro derecho penal es de raíz netamente española, tanto por nuestra tradición cultural y jurídica, en cuanto colonia de España, primeramente, como por el modelo que en esta materia siguieron los legisladores de Chile independiente: el Código Penal Español de 1848, que inspiró al nuestro de 1874, hasta hoy vigente. Las influencias de otro orden, sin embargo, no son despreciables, y a ellas nos referiremos oportunamente. Nuestras observaciones históricas no se remontarán más allá de los ordenamientos jurídicos que tuvieron influencia en el derecho penal de la Europa Occidental, y particularmente en el español.

1. Derecho romano, derecho germánico y derecho canónico. En el derecho **romano**, la característica más señalada fue el progresivo debilitamiento de la autoridad del *pater familias* para imponer penas al grupo bajo su autoridad. La venganza privada, la confiscación del patrimonio y la expulsión de la paz existían primitivamente también como instituciones penales. Los delitos se fueron clasificando en *crimina publica* y *delicta privata:* los primeros atacaban al orden público, a la seguridad del Estado, etc., y los segundos, a la persona y propiedad privadas. La

tendencia del derecho romano fue la de acentuar paulatinamente el carácter público de la pena y la participación del Estado en materias penales. Las penas del derecho romano tenían variada naturaleza: la muerte, el destierro, los trabajos forzados, la lucha con las fieras, la mutilación, la tortura, la confiscación de bienes, la *capitis diminutio* y las penas pecuniarias. Aunque el derecho romano no tiene en esta materia ni remotamente la importancia que tuvo en materia civil, sin embargo, ejerció indudable influencia en la época de la recepción, particularmente en relación con el régimen jurídico de algunos delitos: las falsedades, el hurto, etc.

El derecho penal **germánico** se caracteriza por la extrema objetividad de sus concepciones: la penalidad se fundamentaba en el daño externo, y no en la culpa individual del causante. Las ofensas de un miembro de determinado grupo social contra alguien que pertenecía a otro grupo, creaba el estado de enemistad **(faida)** y justificaba la venganza de la sangre. También existían la expulsión y la pérdida de la paz, para las ofensas cometidas dentro de un mismo grupo (o casta). Posteriormente tuvieron importancia las sanciones pecuniarias: la composición, o dinero pagado como reparación a la víctima y el precio de la paz **(fredus)**, pagado a la autoridad pública. La influencia principal del derecho penal germánico sobre el derecho penal europeo posterior ha radicado en su espíritu general de objetividad, que inspira todavía algunas instituciones penales.

En cuanto al derecho **canónico**, primitivamente un mero derecho interno de la Iglesia Católica, fue adquiriendo en forma paulatina el carácter de legislación general, al menos respecto de ciertos principios e instituciones. Se desarrolló especialmente en los pontificados de GREGORIO VII, de ALEJANDRO II y de INOCENCIO III (entre 1073 y 1216). Mantuvo el derecho canónico los principios romanos de culpabilidad personal e imputabilidad como bases de la pena, mitigando el estricto objetivismo germánico, aunque algunas de sus instituciones participan de este último. No se confundían delito y pecado, pero sí se consideraban delitos algunas ofensas característicamente religiosas, como la blasfemia y la herejía. El derecho canónico creó la institución del asilo en las iglesias, y con un espíritu moralizador, insistió en el carácter retribucionista de la pena, aunque no desconoció algunas penas llamadas medicinales, con sentido de enmienda.

2. EL DERECHO INTERMEDIO Y MODERNO HASTA EL ILUMINISMO. Durante la Edad Media se produjo la fusión o mezcla paulatina del derecho romano, el derecho germánico y el canónico. En líneas generales, puede decirse que el derecho germánico desplazó en gran medida al derecho

romano; posteriormente fue evolucionando, en especial bajo la influencia canónica, y por último, en la época llamada de la **recepción**, retornó el influjo del derecho romano. La opinión de los autores adquiere gran importancia para la aplicación del derecho por los jueces. Dichos autores, en su mayoría italianos, se denominan los **glosadores** (1100 a 1250, aproximadamente) y los **postglosadores** o comentaristas (1250 a 1450). Entre los postglosadores debe mencionarse a ALBERTO DE GANDINO *(Tractatus de Maleficiis),* tal vez el autor de la primera obra orgánica sobre doctrina penal (m. 1310), y al célebre BARTOLO DE SASSOFERRATO (m. 1356).

El renacimiento del derecho romano alcanza su culminación a principios de la Edad Moderna. Bajo la influencia de los juristas llamados **prácticos** comienzan las primeras codificaciones penales. Entre los prácticos de mayor importancia figuran JULIO CLARO y PROSPERO FARINACIO, en Italia; CARPZOV y OLDEKOP, en Alemania; DAMHOUDER, en Bélgica. Las primeras codificaciones de la época que merecen citarse son la Constitución Criminal Bambergense (1507), de JUAN DE SCHWARZENBERG, y que sirvió de base para el principal ordenamiento jurídico de la época: la Constitución Criminal Carolina (1532), promulgada para el Imperio por CARLOS V. Es una obra muy importante, por consagrar definitivamente el carácter público y reservado al Estado del derecho penal, y por reglamentar las formas de culpabilidad (dolo, culpa), por oposición al rígido objetivismo tradicional germánico. A fines de este período se destacan el Código de Derecho Criminal Bávaro (1751) y la Constitución Criminal Teresiana, de Austria (1768).

3. DEL ILUMINISMO A LA ÉPOCA ACTUAL. Se caracteriza el derecho penal posterior a la Revolución Francesa por la profunda modificación sufrida bajo la influencia del Iluminismo, movimiento que se tradujo en una moderación de las penas, en la restricción del arbitrio judicial, en la eliminación de la tortura y en el reconocimiento de las garantías procesales. Unido al progresivo influjo del liberalismo político, se va imponiendo el llamado **Humanitarismo** penal, cuyo iniciador es CESARE BONESANA, marqués de BECCARIA, nombre este último con el cual generalmente se le conoce. Se forma así el derecho penal liberal, que predomina, en mayor o menor extensión, en todos los países de cultura occidental hasta nuestros días.

Admitiendo los reparos de falta de originalidad que puedan hacerse a BECCARIA y su obra, no puede en cambio ponerse en duda que ha sido el hombre que mayor influencia ha tenido en la historia sobre la formación de una legislación positiva inspirada en sus ideas, cuyos aspectos esenciales hemos señalado más arriba, y que pueden resumirse

en un principio central: respeto por la persona. Influye también poderosamente en el pensamiento de la época otra obra, *El Estado de las Prisiones,* del inglés JOHN HOWARD (1777), en la que hace una descripción cruda e impresionante del problema penitenciario.

Las primeras codificaciones penales europeas brotan del influjo de estos pensadores, en el siglo XVIII, y adquieren luego un vigoroso desarrollo en el siglo siguiente, en paralelo con los acontecimientos políticos de la época: Revolución Francesa, guerras napoleónicas, movimientos liberales, procesos de unificación nacionales. Se promulga en 1751 el Código Penal de Baviera; en 1768 la Ordenanza Criminal de Austria (la Teresiana). En Pisa se dicta en 1786 un Código Penal en cuya redacción tuvo influencia fundamental BECCARIA. El primer Código Penal de Francia data de 1791, en plena revolución, y en 1799 ve la luz el Código Suizo. En 1787 entra en vigencia en Austria el llamado Código Josefino, bajo JOSE II.

Ya en el siglo XIX se promulga el Código Penal Francés de 1810, bajo el imperio de NAPOLEON I, y en 1813 el Código Penal de Baviera, obra del gran jurista ANSELM VON FEUERBACH. El primero ejerció gran influencia: impuesto en diversos países en Europa por las armas francesas, muchos países lo conservaron al retirarse éstas, y también sirvió de modelo a varias naciones que se dotaron de códigos propios. De esta inspiración es el Código de Cerdeña-Piamonte (Código Albertino) de 1859, que pasó más tarde a ser código penal de toda Italia, al producirse la unificación política de ésta, con excepción de Toscana, que conservó su antiguo Código, de 1853, en razón de su gran prestigio científico. El Código Penal de Prusia, de 1851, es también de influencia francesa, como igualmente los Códigos de Noruega (1842), Suecia (1864) y Rusia (1845, revisado en 1866).

De esta época son también el Código Penal de las Dos Sicilias (Nápoles) (1819), con alguna contribución indirecta al Código Penal de Chile, y el Reglamento Gregoriano para los Delitos y las Penas, en los Estados Pontificios (1832). El Código Penal de Grecia (1834) se inspira más bien en el de Baviera.

Bélgica reemplazó el Código Francés de 1810 por uno propio, redactado principalmente por HAUSS, que entró en vigencia en 1867, y que mantiene fundamentalmente las ideas del anterior. Aunque al promulgarse se le consideró un cuerpo legislativo muy perfeccionado, y se propuso como modelo para el primer Código Penal Chileno, no es de gran vuelo doctrinal, pero la Comisión Redactora de nuestro Código lo tomó en consideración en algunos aspectos, según más adelante se hará observar.

Los códigos posteriores ya no son de inspiración netamente ideológica liberal. Hay influencia del pensamiento de la Escuela Positiva y tam-

bién un mayor perfeccionamiento de los aspectos técnicos. Los dos grandes cuerpos legislativos de la segunda mitad del siglo XIX son el Código Penal Alemán, de 1871, promulgado a continuación de la unificación política de Alemania, y el Código de Italia unificada, o Código ZANARDELLI, de 1890. Merecen citarse, también, los Códigos de Holanda (1881) y de Portugal (1884).

Al entrar el siglo XX puede propiamente hablarse de un movimiento "recodificador": sin abandonar la idea de un código, se tiende a reemplazar los dictados en el siglo pasado por otros en que se abren paso criterios criminológicos, ideas positivistas y principios políticos no siempre compatibles con los del liberalismo, como la "defensa social".

Puede mencionarse el Código Penal de Noruega (1902), que reemplazó al de 1842, como iniciador de esta corriente. Igualmente Dinamarca reemplaza su código de 1866 por otro de factura defensista (1930), que renuncia al principio de legalidad y admite la analogía. La gran tradición criminalista italiana deroga el Código ZANARDELLI en 1930 para dar paso al Código Rocco, en ese mismo año, de una extensión y un perfeccionismo técnico casi excesivos. Sobrevivió a la caída del régimen fascista que lo vio nacer, gracias a la supresión de algunas categorías de delitos que reflejan el pensamiento político totalitario (delitos políticos, delitos relativos a la integridad y pureza de la raza, etc.). El régimen nacional-socialista de Alemania no llegó a promulgar un nuevo Código, pero introdujo importantes modificaciones en el Código Penal de 1871, especialmente en sus conceptos fundamentales (abandono del principio de tipicidad, 1935), las que desaparecieron junto con el régimen que las introdujo. De esta época datan también los códigos penales de Polonia (1932) y de Suiza (1937), considerado este último como una feliz combinación de sencillez con perfección técnica.

El panorama penal de Europa siguió renovándose después de la Segunda Guerra Mundial. En Alemania, la Parte General del Código Penal fue reemplazada en 1975 por un texto nuevo, producto de la labor de una comisión especial que se basó en los trabajos de la llamada Gran Comisión, la cual tardó cinco años en concluir su proyecto, y del llamado Proyecto Alternativo (1966), preparado por catorce profesores de Derecho Penal. Este último es de carácter más innovador, y otorga especial importancia a los criterios de política criminal.

Portugal adoptó un nuevo Código en 1982, y Francia se decidió al fin por reemplazar el Código napoleónico por uno nuevo, integrado por cuatro leyes complementarias, cuyo conjunto entró en vigencia en 1994. Austria se dio un nuevo Código en 1974. Grecia lo hizo en 1951.

En Italia, Suiza y Bélgica existen, a la fecha de publicación de esta edición, proyectos más o menos avanzados para reemplazar total o parcialmente sus respectivos códigos penales.

La implantación de regímenes comunistas en la Unión Soviética, a partir de 1917, y en varios países de Europa Oriental después de 1945, tuvo también su reflejo en la codificación penal. El Código Penal Soviético de 1927 se inspira directamente en la filosofía política marxista. No tuvo éxito, en la década de 1930, el Proyecto KRYLENKO, caracterizado por constar solamente de Parte General. Los **Fundamentos de la Legislación Penal Soviética**, de 1958, reformaron considerablemente el código hasta entonces vigente. China Popular promulga su Código Penal en 1980. Todas las "democracias populares" se dotan de códigos penales de inspiración marxista, de los que merecen citarse los de Hungría (1960) y Checoslovaquia (1950 y 1969).

El reemplazo de los regímenes comunistas acarreó también la sustitución de los códigos penales respectivos, o al menos la elaboración de proyectos destinados a tal fin y en curso de tramitación a la fecha de esta edición. La Federación Rusa cuenta ya con un proyecto de Parte General de Código Penal, de 121 artículos (1992). Sólo China mantiene a esta fecha su código marxista.

Los países anglosajones (Gran Bretaña, Estados Unidos, los miembros de la Commonwealth, los países antiguamente colonias o posesiones de aquélla) tienen características especiales. El derecho inglés es consuetudinario, fundado en la existencia de un derecho común (**common law**) no escrito, y en la obligatoriedad del precedente judicial (**case law**). Sin embargo, se han dictado leyes escritas (**statutes** o **acts**) sobre determinadas materias, como el homicidio o delitos sexuales. En los Estados Unidos existe una ley penal federal *(U.S. Code)* y cada Estado posee además su propia legislación penal, que en algunos está codificada (como en Nueva York y California), y en otros sigue basada en el **common law** inglés. El American Law Institute ha elaborado un Proyecto de Código Penal Uniforme para los Estados Unidos (**Model Penal Code**), fruto del trabajo de una comisión en que ha tenido parte principal el profesor WECHSLER, de la Universidad de Columbia (1962). Existe también un proyecto completo, preparado por una comisión del Congreso, donde pende desde 1971. A semejanza de las constituciones o códigos europeos, tales proyectos consagran el principio de la reserva y prohíben la creación de delitos por vía judicial.

Por contraste, antiguas colonias, posesiones o dominios ingleses tienen códigos penales: tal es el caso de la India (1860), de Canadá (1892,

con modificaciones importantes en 1955) y de algunas antiguas colonias inglesas del Caribe.

En otros países del mundo se han dictado códigos penales bajo la influencia de las naciones europeas, especialmente cuando se trata de ex colonias. Pueden mencionarse los códigos de Etiopía (1957) (de influencia italiana), de Japón (1908) y de Corea (1953), basados estos dos últimos en el Código Alemán. El derecho penal israelí conserva fundamentalmente los rasgos del derecho penal inglés, aunque con numerosa legislación penal escrita.

4. El derecho español. Mención separada merece la evolución del derecho penal en España, por su influencia directa sobre nuestro sistema penal.

Al parecer, el derecho penal romano nunca se impuso totalmente en España al primitivo derecho indígena, y fue pronto reemplazado por las disposiciones penales visigodas. Las recopilaciones de dichas leyes culminaron en la formación del **Fuero Juzgo (Codex Visigothorum)**, en época de RECESVINTO (649-672). Es un cuerpo de leyes muy progresista en relación con la época, y muestra la influencia del derecho romano y del derecho eclesiástico, a través de los Concilios de Toledo. Rechaza la venganza privada, admite la gradación subjetiva en los delitos, como el homicidio, restringe y reglamenta la tortura. Pero tampoco puede afirmarse que haya regido en su integridad, pues en las legislaciones forales localistas de la Península pueden observarse supervivencias germánicas con bastante posterioridad.

España tiene también el gran mérito de haber alcanzado la época jurídica de recepción del derecho romano mucho antes que el resto de Europa. De este período son el Fuero Real y las Leyes del Estilo (1255), obra de ALFONSO X el Sabio, donde todavía se aprecia un marcado predominio germánico. En cambio, en el célebre Código de las Siete Partidas (terminado alrededor de 1263) ya se advierte claramente la influencia romana, cuando el resto de Europa estaba apenas en el período de los glosadores. La Partida VII se refiere al derecho penal propiamente tal, y la III al procedimiento penal. Se inspiran en el derecho romano y en el canónico, y particularmente en el Código de Justiniano. Se atribuye a la pena función retributiva e intimidativa; se distinguen las formas de la culpabilidad (dolo, culpa, caso fortuito); la legítima defensa; la participación de instigadores y cómplices; reglamentan la tentativa y se refieren a la inimputabilidad de los dementes y los menores. Mantienen la extraordinaria severidad de las penas y la existencia de la tortura, instituciones propias de la época.

Las Partidas rigieron por muchos siglos, aunque no derogaron al Fuero Juzgo ni al Fuero Real. En 1348 el Ordenamiento de Alcalá fija un

orden de prelación de Códigos, en el que las Partidas ocupan el último lugar. Sucesivos cuerpos legales posteriores, como el Ordenamiento de Montalvo (1483), las Leyes de Toro (1505) y la Nueva Recopilación (1567), tuvieron por objeto ordenar los numerosos cuerpos legales diferentes, lo que no lograron en forma satisfactoria. Las Partidas siguieron siendo el cuerpo legal de mayor importancia práctica. La Novísima Recopilación (1805) no resolvió tampoco el problema.

En 1822, bajo el gobierno liberal, se dictó el primer Código Penal de España. Por el solo hecho de dictarse, significó un enorme progreso, y contiene sin duda disposiciones importantes. Muestra profunda influencia del Código Francés, pero mantiene también la tradición hispánica del Fuero Juzgo y de las Partidas. Técnicamente, lo perjudicaron sus pretensiones literarias, manifestadas en el excesivo recargo de sus preceptos. Se advierte el influjo del pensamiento de BECCARIA. Con la restauración borbónica de 1823 fue derogado dicho Código.

El siguiente Código Penal de España es el más importante de su historia, tanto para dicho país como para el nuestro. Es el Código de 1848, elaborado por una comisión presidida inicialmente por CORTINA, y de la que formaron parte juristas de gran prestigio, como ALVAREZ, VIZMANOS, GARCIA GOYENA y sobre todo JOAQUIN FRANCISCO PACHECO. Este Código (al que QUINTANO RIPOLLES llama el "Código PACHECO")[1] incorpora ya directamente a su texto los principios del humanitarismo penal, se redacta con concisión, y si bien sigue en parte al Código Francés de 1810 y al español de 1822, se inspira también largamente en otros códigos extranjeros: el de Austria, el de Brasil y el de las Dos Sicilias. En 1850 se le introdujeron algunas reformas, principalmente para penar la proposición y conspiración en la generalidad de los delitos. Por esta razón a dicho código se le denomina indistintamente "Código de 1848" o "Código de 1850".

En lo fundamental, las disposiciones del Código de 1848 siguen vigentes en España, aunque han existido sucesivas reformas, a las que se ha dado el nombre de "códigos". Las más importantes de estas reformas comienzan con la de 1870 (Código de 1870), principalmente destinada a suavizar las penalidades, y a modificar, de acuerdo con la Constitución liberal de 1869, el régimen de los delitos contra la religión. En 1928, bajo la dictadura de PRIMO DE RIVERA, se promulgó un nuevo código, con marcada influencia positivista (aparecieron las medidas de seguridad). Su inspirador principal fue SALDAÑA. Se refirió al delito im-

[1] QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, *Compendio de Derecho Penal,* Madrid, 1958, I, p. 88.

posible, al delito continuado, a la responsabilidad de las personas jurídicas y a la enajenación mental, en fórmula mejorada. Se le ha reprochado su excesivo afán de originalidad y el enorme casuismo de su texto, recargado al punto de comprender más de 800 artículos.

Con la caída de la monarquía se volvió al Código de 1870 y se preparó un nuevo código republicano, que entró en vigencia en 1932. Fue redactado por una comisión encabezada por JIMENEZ DE ASUA. Según sus propios redactores, el Código de 1932 tendría un carácter puramente provisional, y por tal razón mantuvo casi en su totalidad el Código de 1870, modificándolo sólo en algunos puntos para corregir imperfecciones técnicas y para armonizar sus disposiciones con las de la Constitución de la República Española.

El nuevo régimen español, al término de la guerra civil, preparó una reforma que fundamentalmente estaba destinada a ser una refundición del Código de 1932, con algunas modificaciones para introducir instituciones modernas y armonizar sus disposiciones con los principios políticos del nuevo régimen. Se promulgó el proyecto en el año 1944, por lo que corrientemente se le conoce como "Código de 1944". Es el que rigió en España hasta 1996. Siempre se siguen la estructura fundamental y el fondo de las disposiciones sustantivas del código anterior. Se innova en una mayor severidad para sancionar los delitos contra los intereses del Estado, la moralidad y el orden familiar; se advierte cierta tendencia a la responsabilidad objetiva, y al mismo tiempo se concede relevancia preponderante a la voluntad criminal, a través de la punición del delito imposible, de gran extensión. Por lo demás, sin embargo, se sigue en general el modelo de 1932, que, como hemos dicho, es fundamentalmente igual al de 1870, que a su vez modifica sólo ligeramente el de 1848.

El Código de 1944 ha sido reformado en 1963, 1964 y 1973, y se han elaborado proyectos completos de nuevos códigos, sucesivamente en 1980, 1983, 1991 y 1994, para poner las leyes penales en armonía con el pensamiento político liberal que reemplazó al autoritario a partir de 1975. En 1995 se aprobó un nuevo texto completo, que entró en vigencia en 1996.

5. LEGISLACIÓN PENAL EN LATINOAMÉRICA. Los códigos penales latinoamericanos no son todos de la misma inspiración. Argentina aprobó en 1886 su primer Código Penal, basado en el proyecto de TEJEDOR, con influencia del Código Penal de Baviera. En 1921, fue reemplazado por el código que rige hasta hoy, aunque ha sido reformado considerablemente. Ha habido numerosos proyectos completos para reemplazarlo, de los que pueden citarse los de COLL y GOMEZ, el de PECO y el de SOLER.

Brasil adoptó su primer Código Penal en 1830, basado en el francés de 1810 y en el de las Dos Sicilias. Fue reemplazado en 1890 por otro, inspirado en el Código ZANARDELLI de Italia, y a su vez se vio reemplazado por el Código de 1940. Un nuevo texto, ecléctico, de que es autor NELSON HUNGRIA, fue aprobado y promulgado en 1969, aunque su vigencia sufrió sucesivas postergaciones. De influencia española fue también el primer Código de Nueva Granada (Colombia), de 1837, sustituido en 1936 por otro de fuerte influencia positivista, que fue reformado varias veces. El actual data de 1980. En México coexisten los códigos penales de cada Estado con el Código para el Distrito Federal (Ciudad de México) y otros territorios federales. Este último data de 1931, también ha sido reformado en numerosas oportunidades e igualmente existen proyectos para su reemplazo total. No tiene el carácter tan marcadamente positivista que tenía el código anterior. Uruguay tuvo su primer Código Penal en 1889, inspirado también en el modelo italiano de ZANARDELLI, código que fue reemplazado en 1934 por otro debido a IRURETA GOYENA, de fuerte influencia positivista, y que, al igual que en otros países, ha sido considerablemente reformado. Venezuela ha tenido varios códigos penales, de influencia española los más antiguos e italianos los posteriores. El vigente data de 1926, con modificaciones importantes en 1964 y varios proyectos de reemplazo, de los que merece destacarse el de MENDEZ y JIMENEZ DE ASUA. De inspiración española fue también el primer Código Penal del Perú, de 1863, reemplazado en 1924 por el actualmente vigente, que al igual que ha ocurrido en los demás países de la región, ha sido objeto de numerosas modificaciones y complementado con varias leyes penales especiales.

6. EL DERECHO PENAL EN CHILE. No puede hablarse propiamente de un "derecho penal indígena" en Chile, dada la falta de organización en Estado de que adolecieron los pueblos aborígenes. Durante el período colonial, tuvieron vigencia las leyes españolas, especialmente el Fuero Juzgo, el Fuero Real (no en gran proporción estos dos) y sobre todo, las Partidas, pese al carácter subsidiario que se atribuía a este último cuerpo de leyes.

Producida la emancipación política, los gobiernos independientes dictaron diversas leyes penales especiales. Las de mayor importancia son:

a) Las relativas al régimen penal y de procedimiento en general: ley de 11 de octubre de 1823, que declara vigentes las leyes españolas y crea comisiones especiales para conocer de los juicios criminales; ley de 20 de octubre de 1831, que declara que la embriaguez no es atenuante ni eximente de responsabilidad; ley de la misma fecha, sobre irrelevancia del perdón del ofendido para extinguir la pena; ley de 13

de marzo de 1837, que determinó lo que eran delitos leves y sus penas; ley de 29 de marzo de 1837, sobre tramitación de causas criminales; ley de 5 de enero de 1838, que ordena tomar en consideración la situación personal del reo en la imposición de la pena; ley de 25 de abril de 1838, que estableció que en caso de empate de votos en las sentencias criminales prevalecería la opinión más favorable al reo;

b) Las relativas al régimen de la prensa: ley de 9 de noviembre de 1811, sobre publicaciones denigrantes; ley de 23 de junio de 1813, sobre libertad de prensa; ley de 18 de junio de 1823, que adicionó la anterior; ley de 11 de diciembre de 1828, también sobre abusos de la libertad de imprenta; nueva ley de imprenta, de 16 de septiembre de 1846;

c) Las relativas a los delitos de robo y hurto y a la pena de azotes: ley de 9 de junio de 1817, que establece penas de muerte y de azotes para los ladrones; ley de 14 de julio de 1823, que suprimió la pena de azotes; ley de 22 de julio de 1837, sobre hurtos de animales; ley general de hurtos y robos de 7 de agosto de 1849 (tal vez la más importante de este período); ley de 29 de agosto de 1850, que sustituye la pena de azotes por la de presidio, y ley de 8 de octubre de 1852, que derogó la anterior y restableció la pena de azotes.

En 1846 se encomendó a una Comisión formada por ANTONIO GARCIA REYES, JOSE VICTORINO LASTARRIA, MANUEL ANTONIO TOCORNAL y ANTONIO VARAS, la elaboración de un Código Penal que tuviera como base el de España de 1822. Pese a la competencia de sus integrantes, dicha Comisión no logró cumplir su cometido en el breve plazo que se le había asignado, por lo que en 1852 se formuló idéntico encargo a ANTONIO GARCIA REYES. Este alcanzó a dejar redactados el plan general del Código y parte del articulado (que se inspiraba en la obra de LIVINGSTON y en el Código de las Dos Sicilias). Su prematuro fallecimiento dejó su tarea inconclusa. En 1855 se encomendó la misma misión a MANUEL CARVALLO, quien trabajó varios años, y publicó en 1856 y 1859 los dos primeros libros de su proyecto. Por encargo del Gobierno, tradujo el recién aparecido Código Belga (1867), que se publicó en 1869. Pero también la muerte de CARVALLO le impidió dar cima a su obra.[1]

El 17 de enero de 1870 se nombró la Comisión Redactora del Código Penal de Chile, compuesta por ALEJANDRO REYES, EULOGIO ALTAMI-

[1] Para todo lo relativo a la historia del Código Penal de Chile y las iniciativas que lo precedieron, consúltese la obra *Historia del Código Penal Chileno,* de SOLANGE DOYARÇABAL., Universidad Católica de Chile, Santiago, 1968. Es una obra de gran acopio de información.

RANO, JOSE CLEMENTE FABRES, JOSE ANTONIO GANDARILLAS, JOSE VICENTE ABALOS, DIEGO ARMSTRONG y MANUEL RENGIFO, este último como secretario o redactor. Más tarde se incorporó ADOLFO IBAÑEZ a la Comisión. Esta Comisión celebró 175 sesiones entre 1870 y 1873, de las cuales se conservan actas, útil auxiliar en el establecimiento de la historia fidedigna de la ley. Pese a que el decreto de nombramiento indicaba que debería tenerse como modelo el Código Belga, traducido por CARVALLO, la Comisión prefirió tomar como tal al Código Español de 1848, por estar más de acuerdo con las costumbres y tradiciones nacionales, y sobre todo por contarse como ayuda con la obra de PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado,* en la cual se comentaban las disposiciones y además se concordaban con las de otros códigos (especialmente el francés, el austríaco, el de las Dos Sicilias y el brasileño) y se señalaban los precedentes legislativos de las diversas disposiciones. El resultado de este acuerdo fue que nuestro código resultó casi idéntico al modelo español de 1848. La Comisión no estuvo integrada por juristas versados en la técnica penal, y en general las innovaciones introducidas reflejan la influencia de las críticas de PACHECO. Las pocas que se deben a la originalidad de la Comisión Redactora no fueron muy felices.

El Código Penal fue discutido en el Congreso, donde se introdujeron algunas modificaciones de poca monta. Con fecha 12 de noviembre de 1874 se dictó la ley aprobatoria, y el Código comenzó a regir el 1° de marzo de 1875. Es el único Código Penal que ha tenido Chile, y está en vigencia hasta hoy. Modificaciones de importancia han sido introducidas por las leyes 13.303 (robo y hurto), 17.155 (delitos contra la salud pública) y 17.266 (pena de muerte). Otras leyes lo han complementado, como la Ley de Menores (16.618), la Ley 18.216 sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad; Ley 19.047; Decreto Ley 321 sobre Libertad Condicional.

De las leyes penales especiales, las más importantes son: el Código de Justicia Militar; la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado; la Ley 16.643 sobre Abusos de Publicidad; la Ley 17.798 sobre Control de Armas; las leyes 19.393 y 19.366 sobre Tráfico de Estupefacientes, y la Ley 18.314 sobre Conductas Terroristas.

La evidente necesidad de modernizar nuestra legislación penal ha movido en diversas oportunidades a preparar proyectos de reforma. Mencionaremos los de 1929: el proyecto ERAZO-FONTECILLA (de tendencia político-criminal) y el proyecto ORTIZ-VON BOHLEN, que comprende solamente la parte general (con marcada influencia del pensamiento doctrinal de VON LISZT); el proyecto SILVA-LABATUT, de 1938, que esencialmente moderniza el Código vigente (medidas de seguridad; responsabilidad

de las personas jurídicas), y el proyecto de la Comisión de 1946, que comprende el Libro I. Ninguno de estos proyectos llegó a discusión parlamentaria, aunque el primero de ellos fue enviado al Congreso.

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

1. Primera época. Consideramos perteneciente a la "primera época" de la ciencia penal todo el período que se extiende desde la Antigüedad hasta fines del siglo XVIII (BECCARIA y el Humanitarismo). Entre los antiguos, son los filósofos quienes se ocupan esencialmente de esta clase de problemas: carácter y fin de la pena y derecho del Estado a castigar. Los juristas romanos nunca hicieron estudios sistemáticos del derecho penal que se puedan comparar a los civiles, pero pueden mencionarse sí algunos aspectos particulares de la obra de ULPIANO, PAULO, MARCELO y LABEON.[1]

En el pensamiento filosófico de la Edad Media, SAN AGUSTIN (354-430) atribuye a la pena una función esencialmente retributiva, análoga (aunque no igual) a la justicia divina. Es enemigo de la pena de muerte y de la tortura. SANTO TOMAS DE AQUINO (1226-1274) asigna a la pena una función retributiva y también preventiva general.

En el campo propiamente jurídico, viene más tarde el período de los glosadores, entre los cuales debe mencionarse a ALBERTO DE GANDINO y BARTOLO DE SASSOFERRATO. En los comienzos de la época moderna la ciencia jurídica es desarrollada por los juristas llamados "prácticos", en forma concreta y casuística. En Italia, los prácticos más destacados son JULIO CLARO (1525-1575), PROSPERO FARINACIO (1554-1618) y ANDREA ALCIATO (1492-1551). En Alemania se destacan BENEDIKT CARPZOV (1595-1666), cuyas opiniones hicieron ley por más de un siglo, y OLDEKOP. En Francia puede mencionarse a TIRAQUEAU y al último de los grandes prácticos: MUYART DE VOUGLANS, cuya obra apareció en 1780. Muy importantes son también los españoles ALFONSO DE CASTRO (1558), precursor de las ideas de BECCARIA, y especialmente DIEGO COVARRUBIAS (1512-1577). Debe mencionarse también a ANTONIO GOMEZ.

2. El Iluminismo. En el siglo XVIII llegó al campo del derecho penal la filosofía liberal de la Ilustración, que tomó aquí el nombre de **Humanitarismo.** Como antecedentes filosóficos deben indicarse el pensamien-

[1] Véase al respecto MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano,* trad. de P. DORADO MONTERO, Madrid, s. f.

to jusnaturalista cristiano, a través de los teólogos españoles SOTO y, muy destacadamente, SUAREZ; y el pensamiento del jusnaturalismo racionalista, desarrollado por GROCIO y sus seguidores: PUFFENDORF, LOCKE, SPINOZA, HOBBES. Menos importantes como filósofos, tienen no obstante relevancia en el campo penal THOMASIUS y WOLFF. Estos principios jusnaturalistas, basados en la naturaleza racional del hombre y en el contrato social (ROUSSEAU), ejercieron influencia sobre un destacado jurista inglés, JEREMY BENTHAM (1748-1832), que a su vez tuvo notable influjo sobre penalistas extranjeros (CHAUVEAU y HELIE en Francia, PACHECO en España).

En Alemania, el movimiento jusnaturalista está orientado por el pensamiento jurídico de KANT, pero el más célebre jurista de esta tendencia es PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH (1775-1833), a quien los alemanes llaman el "padre de la moderna ciencia penal",[1] autor de un *Tratado de Derecho Penal* y redactor del Código Penal de Baviera, de 1813. Coloca el fundamento de la pena en la intimidación psicológica que ella debe ejercer sobre los individuos. Como consecuencia, es necesario que las acciones delictivas sean descritas en forma precisa y exacta; según los alemanes, fue el primero en formular el principio **nullum crimen, nulla poena sine lege.** En el siglo XIX debe mencionarse en Alemania como juristas notables a KLEINSCHROD y MITTERMAIER.

En Italia, el triunfo del Iluminismo se marca con la aparición de la obra de BECCARIA *De los delitos y de las penas* (1764). Esa obra, de pequeña extensión, es una encendida requisitoria contra el derecho penal antiguo, su arbitrariedad y su crueldad. Campea por la eliminación del tormento y la restricción de la pena de muerte a un mínimo; por la legalidad de los delitos y las penas, por la observancia de las garantías procesales, y en general, por el respeto por la persona. La pena es sólo preventiva e intimidativa, y debe ser la mínima para cumplir con tales fines. La obra de BECCARIA, no enteramente original tampoco, alcanzó un éxito sin precedentes, gracias al vibrante entusiasmo con que está escrita, a la sencillez de su estilo y al momento histórico propicio en que apareció, con el auge de las ideas liberales en materia filosófico-política. CATALINA DE RUSIA, en sus instrucciones a la Comisión para las leyes penales (1767), transcribe largos pasajes de BECCARIA; la misma influencia se observa en LEOPOLDO DE TOSCANA y en FERNANDO IV DE LAS DOS SICILIAS. A partir del Código de JOSE II DE AUSTRIA, las nuevas legislaciones europeas se inspiran todas en sus ideas.

[1] MEZGER, *op. cit.*, p. 41.

En el campo propiamente jurídico, se destaca en Italia el nombre de GAETANO FILANGIERI, autor de la *Ciencia de la legislación* (1780), que es un filósofo, pero al mismo tiempo un jurista.

3. Los clásicos. Desde mediados del siglo XIX hasta la década 1930-1940, aproximadamente, el desarrollo de la ciencia penal se caracteriza por la llamada "lucha de las escuelas". Se llama así a la contienda entre los juristas inspirados en las tendencias liberales, jusnaturalistas y humanitaristas, a quienes se da el nombre de "clásicos" (que ellos, naturalmente, nunca se atribuyeron), y los llamados "positivistas", inspirados en la filosofía del mismo nombre (COMTE, SPENCER), que atienden preferentemente a los aspectos naturalistas y sociológicos del delito y a las necesidades de la defensa social. Esta lucha se inicia y se manifiesta principalmente en Italia, pero también en mayor o menor grado se refleja en otras naciones.

La llamada Escuela Clásica no es propiamente una escuela; sus miembros no siguen a un maestro, ni desarrollan un sistema de principios comunes; nunca se sintieron parte de un movimiento determinado, y manifiestan desacuerdos en muchos puntos fundamentales; finalmente, se combatieron y contradijeron con frecuencia. El concepto de "clásico" es más bien negativo: se llama así al jurista que no es positivista, y que en el tiempo está situado en la época inmediatamente anterior a éstos.

Dejando aparte a BECCARIA, que propiamente no es un jurista, sino un filósofo, el primero de los llamados clásicos es GIANDOMENICO ROMAGNOSI (1761-1835), autor de **Génesis del Derecho Penal**. Es el primer sistematizador de las instituciones penales, más allá de las simples exégesis o glosas a que hasta entonces solía reducirse la ciencia jurídica. Filosóficamente, afirma la libertad del hombre y la misión preventiva de la pena, destinada a servir de contraimpulso psíquico **(controspinta)** al impulso delictivo **(spinta)**. Es importante también PELLEGRINO ROSSI (1787-1848), retribucionista. Jurista notable es GIOVANNI CARMIGNANI (1768-1847), autor de la *Teoría de las leyes de la seguridad social,* que insiste en la estricta distinción entre moral y derecho, y atribuye a la pena una función preventiva. Fue autor de un proyecto de Código Penal para Portugal.

Pero sin duda el más notable de los juristas clásicos, el más grande de los criminalistas italianos y probablemente el más destacado en toda la historia de la ciencia penal, es FRANCESCO CARRARA (1805-1888). Discípulo de CARMIGNANI, por quien manifiesta siempre gran estimación, lo supera de lejos, tanto en lo filosófico como en lo jurídico. Profesor primeramente en Lucca, en la Toscana, pasó más tarde a la cátedra de

Derecho Penal en la Universidad de Pisa, donde enseñó por largos años. Su obra más notable es el *Programa del Curso de Derecho Criminal,* que es una verdadera obra maestra. Para CARRARA, existe una ley natural, derivada de la ley eterna del orden, pero que se distingue netamente de la ley moral. El delito es un **ente jurídico**: tiene elementos morales y otros materiales, pero lo que confiere a éstos y a aquéllos el carácter de delito es su contradicción con la ley jurídica. En la concepción de CARRARA, el delito tiene dos elementos, que él llama **fuerzas**: la fuerza moral y la fuerza física. La fuerza **moral subjetiva** es el conjunto de presupuestos de este orden que debe darse en el delincuente (libertad, conocimiento de la ley y de los efectos del acto, voluntad); la fuerza **moral objetiva** consiste en las consecuencias de tal carácter que el delito produce (temor en los ciudadanos, mal ejemplo). La fuerza **física subjetiva** es la actividad que el delincuente despliega, y la fuerza **física objetiva** es el resultado o alteración del mundo exterior que el acto produce. Además, el delito tiene una **calidad** (que depende de la clase de derecho violado), una **cantidad** (dependiente del daño producido) y un **grado** (que depende de la posición anímica del sujeto: intención, imprudencia, etc.). También la **pena** tiene **fuerzas**: **moral subjetiva** (la voluntad del juez); **moral objetiva** (resultado: tranquilidad de los ciudadanos, escarmiento); **física subjetiva** (actos con que se hace efectiva la pena), y **física objetiva** (la pena misma). E igualmente se observan en ella la **calidad** (naturaleza de la pena: muerte, reclusión), la **cantidad** (su duración o monto) y el **grado** (dependiente de especiales circunstancias: reincidencia, indulto, cambio de legislación).

Sobre la base de su concepto de la ley natural, derivada de la ley eterna del orden, CARRARA se propone determinar, de una vez para siempre, el límite eterno de lo justo y de lo injusto, el fundamento permanente sobre el cual debe enrollarse "como la carne sobre los huesos" cualquier ordenamiento penal positivo. Su obra es tanto de dogmática jurídica como de filosofía del derecho, y las referencias que hace a la ley positiva (el Código de Toscana) son más bien ilustrativas, para desarrollar sus planteamientos. CARRARA representa la culminación más perfecta de la ciencia jurídico-penal.

El último de los grandes clásicos, contemporáneo de CARRARA y con frecuencia adversario de éste, es ENRICO PESSINA (1828-1916), de inspiración filosófica hegeliana. Es un estricto retribucionista, que ve en la pena la restauración del orden quebrantado. Menor importancia tienen en el campo clásico otras figuras, como LUCCHINI y STOPATTO.

Los positivistas se han esforzado en señalar determinados caracteres como propios de los clásicos. Ninguno de ellos conviene a todos los catalogados como tales, salvo el empleo del método deductivo, lo

que escasamente puede llamarse una característica, ya que en realidad es propia de todos los que hacen ciencia jurídica: emplean este método EUSEBIO GOMEZ y GRISPIGNI, para no mencionar sino a dos declarados positivistas. Se indica también la postulación del **libre albedrío** como fundamento de la responsabilidad penal. La verdad es que sólo CARRARA toca el punto especialmente, y para darlo por sobreentendido. La consideración del delito como **ente jurídico** es también propia de CARRARA: los demás clásicos consideran al delito como un ente filosófico o moral. Por lo demás, lo que CARRARA esencialmente afirma es que la ciencia jurídica debe estudiar el delito como ente jurídico, pero no niega lo que es evidente, a saber, que el delito puede también ser estudiado desde otros ángulos. En cuanto a que la pena tenga un carácter estrictamente **retributivo**, y que deba estar en estrecha proporcionalidad con el daño causado, no es un punto generalmente aceptado entre los clásicos. Para CARRARA la pena tiene una misión de defensa o tutela jurídica; para ROMAGNOSI tiene una función preventiva (la **controspinta**); para PESSINA, una función retributiva.

En suma, el concepto de "escuela clásica" debe construirse más bien de modo negativo, como oposición al concepto de "escuela positiva".

4. La Escuela Positivista. Con el positivismo jurídico-penal ocurrió algo parecido a lo que aconteció con BECCARIA. El éxito de sus ideas se debió a que ellas representaron el traslado, al campo de lo jurídico-penal, de conceptos filosóficos en auge en la época: la filosofía positivista, de COMTE, SPENCER y STUART MILL, con su renegar de la metafísica y su patrocinio de los métodos galileanos de observación y experimentación, que hicieron progresar tan notablemente a las ciencias naturales en el siglo pasado y hasta el presente, y la creación de una ciencia social nueva: la sociología, destinada a estudiar los fenómenos de tal clase con el método propio de las ciencias naturales.

Es significativo que el iniciador del positivismo penal no haya sido un jurista, sino un médico: CESARE LOMBROSO (1836-1909). LOMBROSO publicó en 1876 la primera edición de su obra fundamental *El hombre delincuente.* La nueva ciencia centra su atención, no en el delito mismo, sino en el delincuente, considerado como hombre. Para los positivistas, el delito no es sino una actividad social del hombre, determinada por la acción combinada del medio y de la herencia. LOMBROSO postula la existencia de una clase especial de seres humanos, los "criminales natos", que se apartan de la normalidad y están predestinados fatalmente a delinquir. Serían reconocibles por determinados caracteres anatómicos, y se caracterizarían por un factor determinante de la delincuencia, que primitivamente es para LOMBRO-

so el **atavismo** o regresión a períodos evolutivos ya superados por la especie humana, y determinado por degeneración fisiológica; más tarde lo atribuye a la **locura moral**, relacionada con las circunvoluciones cerebrales, y finalmente a la presencia de la **epilepsia larvada** ("pequeño mal"). Al parecer, LOMBROSO terminó por abandonar el concepto de una sola clase de criminales natos.

La obra de LOMBROSO fue complementada por RAFFAELE GAROFALO (1851-1934), cuya más importante contribución a la corriente positivista es su concepto del "delito natural", por oposición al delito jurídico. "Delito natural" es para él la ofensa a los sentimientos de piedad y probidad en la medida media en que se experimentan en una sociedad en determinado momento histórico. El "delincuente nato" sería el que lleva en sí la propensión a cometer estos "delitos naturales". La obra principal de GAROFALO es su **Criminología.**

La tercera de las grandes figuras del positivismo, y probablemente el pensador más destacado de ella, es ENRICO FERRI (1856-1929), autor de *Sociología Criminal.* FERRI parte de la negación de la libertad humana, y luego clasifica los delincuentes natos, que no son de un tipo único, sino de varias clases. No existiendo libertad humana, no puede ser la culpa individual la base de la responsabilidad penal: el hombre responde del delito, porque vive en sociedad, y la sociedad lo castiga, porque tiene que defenderse. Las penas (cuyo concepto mismo parece anacrónico) deben ser indeterminadas, y precisarse en definitiva sólo en consideración a las necesidades de la defensa social, las que a su vez dependen del daño que sea de temer por parte del individuo (su "peligrosidad"). FERRI es autor de un proyecto de Código Penal para Italia, de 1921, que comprende sólo la parte general.

El positivismo es una escuela naturalista y materialista. Por su simplicidad, era de fácil aceptación, y presentaba la enorme ventaja de ser un sistema de pensamiento coherente y sistemático, lejos de los abstractos problemas filosóficos del pensamiento jurídico tradicional. El positivismo se impuso así con facilidad en Italia, y ejerció enorme influencia, no tanto sobre la legislación como en el campo de la cultura y las ciencias penales. Hasta la época contemporánea grandes juristas siguen llamándose positivistas, pero la verdad es que en el campo propiamente jurídico en poco se diferencian de los que no lo son, pues hacen dogmática jurídica sobre la legislación vigente con el mismo método clásico abstracto-deductivo.

Entre las muchas figuras destacadas que en Italia han seguido el positivismo jurídico, pueden mencionarse a EUGENIO FLORIAN, ENRICO ALTAVILLA, FILIPPO GRISPIGNI, ALFREDO DE MARSICO, SILVIO RANIERI y RAOUL ALBERTO FROSALI.

Los principios positivistas pueden, en suma, sintetizarse, diciendo que para ellos no hay libertad humana como base de la responsabilidad penal: el hombre responde por vivir en sociedad. El derecho de castigar no es otra cosa que el derecho de la sociedad a defenderse. No hay distinción entre imputables e inimputables. Las sanciones deben comprender tanto a las que se imponen después de cometido el delito (tradicionalmente, penas) como a las que se imponen antes, con fin de prevención (medidas de seguridad). Las sanciones deben ser indeterminadas, según la peligrosidad del delincuente. Si el delincuente es absolutamente irregenerable, debe ser eliminado. El delito es fundamentalmente un fenómeno social, no una creación jurídica.

5. OTRAS ESCUELAS. Como ocurre generalmente, frente a la pugna de escuelas surgieron pronto posiciones intermedias en Italia. Merece mencionarse la llamada "tercera escuela" **(terza scuola)**, cuyos representantes más destacados son GIANBATTISTA IMPALLOMENI, BERNARDINO ALIMENA y EMMANUELE CARNEVALE. De otras escuelas intermedias son LONGHI, SABATINI, MAGGIORE, LANZA.

Pero la corriente más importante, y que puede decirse que en definitiva se impuso en el pensamiento jurídico-penal de Italia, es el **tecnicismo jurídico**, que en verdad no es una escuela, sino que es una corriente que postula el principio de que la ciencia jurídica es una ciencia autónoma: por una parte, es independiente de las ciencias naturales que puedan estudiar el delito y el delincuente como fenómenos sociales; emplea el método abstracto-deductivo y razona sobre la base de las leyes vigentes; y por otra parte, es también independiente de la filosofía, y no puede pretender resolver problemas como el de la libertad humana, el fundamento del derecho de castigar, etc. No es, empero, una ciencia como la de los glosadores, de comentario de los artículos de un código, sino una verdadera ciencia, que se eleva de lo particular a lo general y construye instituciones y sistemas deducidos de los preceptos legales. Así, se pueden profesar los principios clásicos o positivistas en materia filosófica, y ser sin embargo un técnico jurídico.

Los juristas más destacados que siguen esta corriente son ARTURO ROCCO, FRANCESCO ANTOLISEI, VINCENZO MANZINI, BIAGIO PETROCELLI, REMO PANNAIN, DELITALA, VANNINI, MASSARI, BATTAGLINI.

Por fin, debe mencionarse la existencia de una nueva orientación jurídico-penal en la Italia contemporánea, que pretende reaccionar contra el excesivo formalismo lógico alcanzado por el tecnicismo jurídico, concediendo mayor importancia a los conceptos valorativos y marcando el acento en la exigencia de culpabilidad.

6. LA CIENCIA PENAL ALEMANA. La lucha entre las escuelas asume en Alemania un carácter diferente del que tuvo en Italia, pues el influjo del positivismo nunca desplazó por completo la presencia del pensamiento filosófico kantiano.

El ideario jurídico-penal más cercano al de los clásicos italianos (con las ideas de libertad, pena retributiva, etc.) está representado por KARL BINDING (1841-1920), cuyo aporte más importante a la ciencia del derecho es su concepto de las normas jurídicas. Se destaca también MAX ERNST MAYER, eminente filósofo del derecho a la par que penalista. Una de las figuras más ilustres del pensamiento jurídico-penal alemán es ERNST VON BELING, creador de la doctrina del "delito-tipo jurídico-penal", aporte esencial a la ciencia del derecho penal moderna. A este mismo grupo pertenecen VON BAR, BAUMGARTEN, BIRKMEYER, SAUER y otros.

Bajo el influjo del pensamiento positivista surge otra corriente en la doctrina alemana, pero que jamás abandona por completo el método y los principios jurídicos, sino que más bien los complementa con la consideración separada de los aspectos sociológico-naturalistas del delito. La figura más notable de esta corriente es FRANZ VON LISZT (1851-1919) que llamó a esta tendencia la **escuela de la política criminal**. Postula el estudio de las instituciones jurídicas tal como ellas son, pero paralelamente aboga por la reforma de las mismas en conformidad a los postulados científicos de las ciencias naturales y sociales. El delito es así a la vez un ente jurídico y un fenómeno social, que debe estudiarse, respectivamente, según el método deductivo y según el inductivo experimental. A esta corriente pertenecen GRAF ZU DOHNA, VON HIPPEL, FRANK.

Modernamente, siguen esta corriente de pensamiento EDMUND MEZGER, JAMES GOLDSCHMIDT y EBERHARD SCHMIDT, que ha reelaborado y actualizado el pensamiento de VON LISZT, publicando el tratado de éste en versión que se conoce como **Liszt-Schmidt**. Al movimiento nacional-socialista está vinculado HELMUTH MAYER. Entre los más modernos, es preciso mencionar a SCHOENKE, ENGISCH y BOCKELMANN. La renovación de conceptos más importante traída al derecho penal alemán se debe a HANS WELZEL, formulador de la teoría de la acción finalista, que ha ejercido indudable influencia en el pensamiento jurídico alemán y extranjero. De los que adhieren al finalismo, la figura más señalada es la de MAURACH. En los últimos años, el pensamiento finalista ha adquirido influencia preponderante en la doctrina española y en la nacional. Para conocerlo adecuadamente son indispensables las obras del profesor JUAN CORDOBA RODA (traducción y notas del *Tratado* de MAURACH; *Una nueva concepción del delito; El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito)*, del profesor JOSE CEREZO MIR (traducción y notas de *El nuevo sistema del derecho penal,* de WELZEL; *La conciencia de la*

antijuridicidad en el Código Penal español), de RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES *(Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo)* y de WERNER NIESE *(La teoría finalista de la acción en el derecho penal alemán,* traducción de RICARDO FRANCO GUZMAN). En los últimos tiempos el debate entre causalismo y finalismo ha perdido importancia y ha dado paso a una corriente de pensamiento que pone el énfasis en los criterios de política criminal, dirección en la que se destaca particularmente CLAUS ROXIN. También se destacan entre los autores alemanes contemporáneos HANS-HEINRICH JESCHECK y ARMIN KAUFMANN.

En Austria puede mencionarse a FINGER; en Suiza, a HAFTER y en Bélgica a PRINS, HAUSS y NYPELS.

7. La ciencia jurídico-penal en otros países. En Francia, la ciencia jurídico-penal no ha alcanzado el elevado nivel de otras ramas del derecho. El comentario fundamental al Código Penal de Francia es todavía la obra de CHAUVEAU y HELIE, que sigue el método exegético, sin llegar a la sistematización jurídica. La misma orientación siguen autores más modernos, como GARRAUD y GARÇON. Se advierte, sin embargo, una corriente renovadora en DONNEDIEU DE VABRES, con una marcada tendencia a la sistematización. Paralelamente, se ha desarrollado en Francia el estudio de los fenómenos delictivos desde el punto de vista social. Nombres importantes son en este terreno los de ALEXANDRE LACASSAGNE y de GABRIEL TARDE, fundador el primero de la escuela sociológica llamada "del medio ambiente".

8. España e Iberoamérica. En España, el derecho penal tiene ilustres cultivadores desde antiguo. Ya hemos señalado los nombres de ALFONSO DE CASTRO, DIEGO COVARRUBIAS, DOMINGO DE SOTO y SUAREZ.

En época más reciente, el pensamiento de BECCARIA fue difundido especialmente por MANUEL DE LARDIZABAL (1744-1820), autor del *Discurso sobre las penas,* cuyo sentido correccionalista pone de relieve. Tuvieron importancia indirecta los difusores de la ideas de BENTHAM, RAMON SALAS y TORIBIO NUÑEZ. Pero la figura más destacada del siglo pasado en España es JOAQUIN FRANCISCO PACHECO, tan importante para nosotros por la influencia preponderante de su obra *El Código Penal concordado y comentado,* guía fundamental de la Comisión Redactora de nuestro código. PACHECO es un seguidor del pensamiento de PELLEGRINO ROSSI, estimable en el campo filosófico, aunque no puede considerarse un gran jurista. Otros comentarios del Código Penal durante el siglo XIX en España son los de SALVADOR VIADA y VILLASECA y ALEJANDRO GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA.

Tuvo importancia en España el pensamiento correccionalista, con especial acento en la misión de enmienda de la pena. Su exponente más destacado en el siglo XIX es LUIS SILVELA, cuya obra ha ejercido gran influencia en la interpretación de la ley positiva. Al irrumpir en España el positivismo, surge el correccionalismo positivista, cuya figura principal es PEDRO DORADO MONTERO, para quien el delito es una concepción artificial, una creación puramente humana. El delincuente es sólo un incapaz de regirse por las normas jurídicas: la pena no debe tener otro objeto que enseñarle a observarlas y prepararlo para ello. Es un tratamiento al que el delincuente tiene derecho, en su propio beneficio.

El pensamiento positivista en España influye también en las obras de QUINTILIANO SALDAÑA, BERNALDO DE QUIROS y LUIS JIMENEZ DE ASUA. Este último, sin embargo, fue paulatinamente evolucionando hacia una posición más estrictamente jurídica, con especial apego a la dogmática alemana, cuya difusión en los países de habla española constituye uno de sus principales méritos. Su *Tratado de Derecho Penal* es obra de copiosa erudición y de indispensable consulta.

Dentro de la orientación clásica puede mencionarse al P. JERONIMO MONTES y a SANCHEZ TEJERINA.

En España, el pensamiento de la doctrina, en particular después de la Segunda Guerra Mundial, se encuentra notablemente influido por la ciencia penal alemana, y particularmente por la corriente finalista. Esa influencia, en forma indirecta, se deja sentir sobre el pensamiento jurídico-penal chileno. No es exagerado decir que el pensamiento finalista ha alcanzado en España un éxito mayor que el obtenido en la propia Alemania. En los últimos tiempos, sin embargo, también se advierte en los autores españoles la acogida del pensamiento político criminal, a semejanza de lo que ocurre en la doctrina alemana.

Entre numerosos nombres ilustres, merecen mención los de JOSE ANTON ONECA y JOSE ARTURO RODRIGUEZ MUÑOZ, autores de un valioso *Derecho Penal*, de gran precisión técnica, EUGENIO CUELLO CALON, ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, JUAN DEL ROSAL, FEDERICO PUIG PEÑA, ANTONIO FERRER SAMA, JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Más próximos en el tiempo y ya en plena corriente finalista o crítica de ella, deben destacarse, en una producción científica copiosa y de alto nivel, los nombres de JUAN CORDOBA RODA, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, JOSE CEREZO MIR, MARINO BARBERO SANTOS, RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES, GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO, MANUEL COBO DEL ROSAL, FRANCISCO MUÑOZ CONDE y SANTIAGO MIR PUIG.

En Iberoamérica, la ciencia del derecho penal tuvo en el siglo XIX y comienzos del XX un desarrollo más bien modesto, inferior sin duda al alcanzado por el derecho privado, dada la influencia intelectual y jurídica francesa. Las obras de tal época se desenvuelven en un plano

casi exegético con relación a los códigos recién promulgados en los respectivos países, y el pensamiento más seguido es el de los autores españoles de la época.

En la segunda y tercera década de este siglo la doctrina penal recibe un fuerte impulso de las doctrinas positivistas, lo que redunda en una producción literaria más abundante, pero con las características propias del positivismo: un enfoque predominantemente criminológico, antropológico y biológico para tratar los fenómenos delictivos, en desmedro de los aspectos propiamente jurídicos: se postula la existencia del criminal nato, se pone el acento en la necesidad de la defensa social y en la importancia de las medidas de seguridad.

A partir de la época señalada, el descubrimiento de la dogmática alemana y el triunfo del tecnicismo jurídico sobre la "lucha de las escuelas" en Italia, se hacen sentir en la aparición de numerosas obras que responden a este enfoque, mientras que el positivismo se va dejando de lado. Viene luego la influencia incontrarrestable de la doctrina alemana, sea por influencia directa, sea por la recibida a través de los autores españoles y, particularmente, según se ha dicho, en la vertiente finalista de aquélla. En fin, en la actualidad también se hace sentir la orientación político-criminal.

Cada una de estas épocas tiene sus representantes destacados, hasta llegar a la presente, donde la producción jurídico-penal es muy vasta. Por lo que obligadamente, en una obra como ésta, sólo podrá hacerse mención de algunos autores representativos y sus obras, especialmente si son tratados que cubren la totalidad del derecho penal, o al menos la parte general de nuestra disciplina.

Por su importancia y su tradición científica, debe ante todo mencionarse el pensamiento penal de Argentina. En la época de influencia positivista destacan los nombres de EUSEBIO GOMEZ y su *Tratado de Derecho Penal,* como los de JOSE PECO y JUAN PABLO RAMOS. La orientación dogmática y técnico-jurídica se afianza con los nombres de SEBASTIAN SOLER, RICARDO C. NUÑEZ, ERNESTO GAVIER, CARLOS FONTAN BALESTRA. Los dos primeros, de la "escuela cordobesa", son autores de sendos tratados que conservan todo su valor. SOLER es una de las más ilustres figuras del derecho penal moderno y su obra ejerce hasta hoy una influencia orientadora de primera importancia, probablemente por su rigor técnico, su coherencia con el pensamiento liberal y la claridad de su exposición. NUÑEZ, aunque en muchos aspectos discrepante de SOLER, comparte sin embargo sus postulados fundamentales y su obra es de elevado nivel científico. Entre los autores más recientes, los hay que siguen en lo fundamental la orientación dogmática, como JORGE FRIAS CABALLERO, GUILLERMO J. FIERRO, JUSTO LAJE ANAYA y CARLOS

CREUS, en tanto que otros han experimentado el influjo de las corrientes alemanas contemporáneas: los nombres más representativos son en esta tendencia los de ENRIQUE BACIGALUPO y de EUGENIO RAUL ZAFARONI. Destacada es también la obra de CARLOS S. NINO y la de RICARDO LEVENE (h).

En Uruguay, la primera época tiene como representante más destacado a JOSE IRURETA GOYENA, seguido en el tiempo por CARLOS SALVAGNO CAMPOS, y más recientemente por JUAN B. CARBALLA, ORESTES ARAUJO y ADELA RETA.

La ciencia en Brasil tiene como figura descollante la de HUNGRIA, contrario a la división científica en escuelas dogmáticas y partidario de un depurado eclecticismo. Con diferentes orientaciones, son también autores destacados ROBERTO LYRA, ANIBAL BRUNO, MAGALHAES NOROMYA, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, RENE ARIEL DOTTI, LUIZ DORIA FURQUIM, ALCIDES MUNHOZ NETTO, PAULO JOSE DA COSTA, Jr.

En Perú deben mencionarse los nombres de LUIS BRAMONT ARIAS, LUIS ROY FREIRE, RAUL PEÑA CABRERA, JOSE HURTADO. En Venezuela, la obra de mayor influencia fue la de JOSE RAFAEL MENDOZA, y son también figuras destacadas JOSE AGUSTIN MENDEZ, TULIO CHIOSSONE, HECTOR FEBRES CORDERO, y más recientemente, ALBERTO ARTEAGA SANCHEZ, cuya obra es de elevado nivel científico. Colombia presenta un numeroso grupo de nombre ilustres; el primero que debe mencionarse es el de ALFONSO REYES ECHANDIA y añadir los de FEDERICO ESTRADA VELIZ, HERNANDO LONDOÑO, LISANDRO MARTINEZ ZUÑIGA, ANTONIO JOSE CANCINO, LUIS ROMERO SOTO.

En México, las obras fundamentales son la de RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, CELESTINO PORTE-PETIT y LUIS GARRIDO, y a ellas deben agregarse las más recientes de FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, SERGIO GARCIA RAMIREZ, SERGIO VELA TREVIÑO, RAUL F. CARDENAS, RICARDO FRANCO y GUZMAN, GUSTAVO MALO CAMACHO, JOSE ANGEL CENICEROS.

9. La ciencia del derecho penal en Chile. En nuestro país, el interés por el estudio científico del derecho penal es relativamente reciente. En el siglo pasado y comienzos del presente, las obras generales sobre derecho penal se reducen a comentarios exegéticos del Código sin mayores pretensiones de sistematización. Tienen tal carácter las obras de ALEJANDRO FUENSALIDA, PEDRO JAVIER FERNANDEZ y ROBUSTIANO VERA.

La influencia positivista se advierte particularmente en la obra de RAIMUNDO DEL RIO, autor de numerosos libros: *Elementos de Derecho Penal, Manual de Derecho Penal* y *Explicaciones de Derecho Penal,* inconclusa esta última. La dogmática alemana comenzó a difundirse entre nosotros a través de la obra de PEDRO ORTIZ MUÑOZ, discípulo de VON LISZT, renovador de la sistemática y de la pedagogía jurídico-penal. Es

autor de las *Nociones Generales de Derecho Penal.* Obra didáctica completa es la de GUSTAVO LABATUT, de gran difusión como texto docente, y que después del fallecimiento del autor ha sido puesta al día por el profesor JULIO ZENTENO VARGAS y reeditada. De más aliento es el *Curso de Derecho Penal Chileno,* de EDUARDO NOVOA MONREAL, obra que a pesar de su título, sobrepasa las características de un texto de enseñanza, y es una verdadera exposición sistemática del derecho penal chileno de acuerdo con las modernas concepciones de la ciencia jurídico-penal. La obra comprende solamente la Parte General, y consta de dos tomos, aparecidos en 1960 y 1966, respectivamente. Notable es la obra de ENRIQUE CURY, *Derecho Penal,* que trata en dos volúmenes de la Parte General, ya encauzada en la ortodoxia del finalismo alemán, pero con un cuidadoso apego del autor al derecho positivo chileno frente a las conclusiones de la dogmática. En 1971 vio la luz el primer tomo del *Derecho Penal Chileno – Parte Especial,* de los profesores FRANCISCO GRISOLIA, JUAN BUSTOS y SERGIO POLITOFF, por desgracia no continuado hasta ahora. Igual que la anterior, es una obra de elevado nivel científico, y ambas ponen de manifiesto la altura alcanzada por los estudios jurídico-penales en nuestra patria. En 1976 apareció el primer volumen del *Derecho Penal Chileno,* del profesor LUIS COUSIÑO MAC IVER, proyectado para cubrir toda la Parte General. Lamentablemente, el sensible fallecimiento del autor dejó la obra inconclusa, habiéndose publicado los tres primeros tomos. En todo caso, los que alcanzaron a ver la luz constituyen un estudio en profundidad de la dogmática alemana y su aplicación al derecho penal nacional.

También es de gran importancia el *Repertorio de Palabras de la Ley Penal Chilena,* de ARMANDO URIBE ARCE, 1965. Mencionaremos finalmente nuestra obra *El Derecho Penal en la Jurisprudencia,* editada en 1968 y 1987, que estudia los fallos de los tribunales superiores de justicia en Chile desde la dictación del Código Penal hasta 1982, de acuerdo con la sistemática doctrinal.

Nuestras referencias deben limitarse aquí a las obras de carácter general, lo que no significa desconocer la existencia cada vez más abundante de monografías y trabajos especializados de gran mérito, a las que se hará referencia en los correspondientes capítulos de este libro donde nos ocupamos de los temas sobre los que versan tales obras. Pero aunque no comprende la totalidad de la Parte General del derecho penal, es indispensable mencionar la obra de MARIO GARRIDO MONTT, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito,* por su elevado nivel científico y actualidad, obra que viene a agregarse a las numerosas monografías del mismo autor sobre temas de la Parte General y de la Parte Especial.

LAS CIENCIAS PENALES

Finalizaremos esta introducción con un cuadro general de la ciencias penales, nombre con el cual se designa al conjunto de disciplinas que estudian el delito desde diversos ángulos. Las ciencias penales pueden clasificarse así:

1. CIENCIAS JURÍDICAS (DERECHO PENAL):

a) Derecho penal sustantivo:
   1° Historia del derecho penal;
   2° Filosofía del derecho penal;
   3° Política criminal, y
   4° Dogmática jurídico-penal.
b) Derecho penal adjetivo (procesal).
c) Derecho penal ejecutivo (penitenciario).

2. CIENCIAS NATURALES (CRIMINOLOGÍA):

a) Antropología criminal;
b) Psicología criminal;
c) Sociología criminal.

3. CIENCIAS AUXILIARES:

a) Criminalística;
b) Medicina legal;
c) Psiquiatría forense, y
d) Estadística criminal.

Segunda Parte

TEORIA DE LA LEY PENAL

Capítulo I

FUENTES DE LA LEY PENAL

La expresión "fuente de derecho" tiene un doble sentido. Por una parte designa al órgano de donde el derecho brota: quien crea o produce el derecho. Por otra parte, se llama también "fuente de derecho" a la forma de concreción que asume la norma jurídica. Así, puede decirse que el Estado es fuente de derecho (en el primer sentido), puesto que el Estado hace la ley, y que la ley es fuente de derecho (en el segundo sentido), ya que la norma jurídica se manifiesta concretamente bajo la forma de una ley.

En cuanto a órgano creador de derecho, es un principio absoluto que solamente la autoridad legislativa, esto es, la nación jurídicamente organizada, por medio de sus representantes, es fuente de derecho penal. Han desaparecido las potestades punitivas radicadas en otras instituciones (v. gr., el *pater familias* o los parientes del ofendido).

Como forma de concreción de la norma jurídica, no hay más fuente de derecho penal que la ley. Otras formas de concreción que suelen tener importancia en las demás ramas del ordenamiento jurídico, no son fuentes de derecho penal. Tal es el caso de la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia, los actos administrativos, etc.

BASES CONSTITUCIONALES DE LA LEY PENAL

Las disposiciones de la Constitución Política impuesta en 1980 no contienen una reglamentación sistemática acerca del delito, la pena y el procedimiento penal, ni tampoco definiciones de éstos u otros conceptos vinculados a ellos. Sin embargo, hacen referencia a diversas instituciones jurídicas de este orden, como "delito", "pena", "pena aflictiva", "delitos comunes", "delitos políticos", "amnistía", "indulto", "delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado", "delito calificado de conducta terrorista", "extinción de la responsabilidad penal", "pena de muerte", "apremio ilegítimo" y diversas otras.

Las reglas constitucionales sobre la ley penal, el delito y la pena son escasas. Pueden reducirse a las siguientes:

1) La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado (Art. 19 N° 1°). Contrasta esta disposición con el enunciado genérico del mismo número y artículo, donde dentro de los derechos constitucionales se enuncia ante todo "el derecho a la vida". La pena de muerte, como es obvio, suprime por entero e irreversiblemente este derecho. La disposición que comentamos se contenta con exigir, para el establecimiento de la pena de muerte, la dictación de una ley "de quórum calificado", que en el lenguaje constitucional significa una ley para cuya aprobación, modificación o derogación se requiere la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (Art. 63). Pero la Quinta Disposición Transitoria señala que en las materias que deben ser reguladas por leyes de quórum calificado, seguirán rigiendo las disposiciones legales que estaban en vigencia al promulgarse la Constitución, "mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales". Y la Primera Disposición Transitoria lo dice expresamente en relación con la pena de muerte. Esto es, incluso tan mínima restricción es sólo teórica, pues siguen en vigencia la disposiciones que ya existían en materia de pena de muerte, sin que ellas hayan sido aprobadas originalmente como leyes de quórum calificado (dicha categoría constitucional no existía antes de 1980), ni hayan sido sometidas a ratificación legislativa posterior. Por contraste, aunque tal quórum no se exigió para las leyes que imponen pena de muerte, a partir de 1980 se exigirá quórum calificado para las leyes que derogaren disposiciones que actualmente la contemplan. De tal modo que lo que aparentemente es una mayor exigencia para poder imponer la pena de muerte, significa en realidad una mayor exigencia para poder limitar, derogar o suprimir dicha pena.

Contrasta también la permisividad respecto de la pena de muerte con la garantía contenida en el N° 26° del mismo Art. 19 de la Constitución, conforme al cual los preceptos legales que regulen o complementen las garantías constitucionales o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, **no podrán afectar los derechos en su esencia**, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Parece evidente que una ley que imponga la muerte como pena no sólo afecta en su esencia, sino que anula totalmente el "derecho a la vida" que la Constitución garantiza.

2) Se prohíbe la aplicación de todo "apremio ilegítimo" (Art. 19 N° 1°, inciso final). Esta disposición ha venido a reemplazar a lo preceptuado en el Art. 18 de la Constitución de 1925, aunque de modo mucho me-

nos feliz. En efecto, el artículo de la antigua Constitución decía breve y claramente: **"No podrá aplicarse tormento"**, con lo cual se hacía referencia a un concepto conocido por todo el mundo (tormento) y se prohibía en forma absoluta, sea como pena, sea como medio de investigación criminal durante un proceso, o en cualquiera otra circunstancia. No había lugar para "reglamentación" legal en materia de imposición de tormento.

La disposición actual, como se advierte claramente, es mucho más débil como garantía. En primer término, emplea la voz "apremio" sin precisar más, en circunstancias que nuestra legislación le atribuye el sentido de medidas que no son penas ni medios de investigación, sino que tienen por fin compeler a alguien a cumplir con ciertas obligaciones (como las medidas que pueden tomarse respecto del testigo renuente a declarar, Arts. 380 del C. de Procedimiento Civil y 190 del C. de Procedimiento Penal, o del alimentante que no cumple con su obligación, Art. 15 de la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, o que abandona su trabajo para eludir el cumplimiento de la misma, Art. 27 de la Ley de Menores).

Pero aun suponiendo que el término "apremio" se haya usado como un eufemismo para referirse a la tortura o tormento, puede observarse que él no está prohibido en los términos absolutos que contemplaba la anterior Constitución. El "apremio" que ahora está proscrito es sólo el apremio "ilegítimo". En su sentido natural y obvio, "ilegítimo" es lo contrario a la ley, de lo que se deduce que el tormento prohibido es solamente el que no está contemplado en la ley y, por ende, que la ley puede establecer "apremios" que de este modo pasarían a ser "legítimos". Como no se señala al legislador ningún límite que circunscriba su facultad regulatoria, no habría más criterio para acotar esta facultad que el N° 26° del Art. 19, en el sentido de que la ley reglamentaria no puede afectar los derechos "en su esencia". El derecho afectado en el caso del tormento es el de "integridad física y psíquica de la persona", contemplado en el Art. 19 N° 1°. Los únicos "apremios" que no podrían legitimarse por ley, por lo tanto, serían aquellos que afectaran "en su esencia" dicha integridad, como los que lesionaran de modo permanente la integridad corporal (mutilaciones) o la fisiología (incapacitación para funciones naturales físicas o psíquicas). Pero el tormento que no llegara a tal extremo, podría, aparentemente, ser autorizado por la ley sin violar la Constitución.

3) La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal (Art. 19 N° 3°). Esta regla es nueva, y ella sí que representa un progreso sobre la Constitución anterior, que no la contemplaba. Por lo tanto, ya

no puede discutirse, por ejemplo, que la prohibición de alegar ignorancia de la ley, contenida en el Art. 8° del C. Civil, no es aplicable en materia penal (admisibilidad del llamado "error de derecho"). Ciertos delitos, como los aduaneros y los relativos a las quiebras, están reglamentados, defectuosamente a nuestro parecer, mediante el anticuado sistema de "presunciones", que actualmente no pueden ser de derecho en lo relativo a la culpabilidad del responsable. Algunos han querido ver en este precepto la consagración jurídica del principio "no hay pena sin culpa", dado que ésta no podría presumirse de derecho, lo que eliminaría la responsabilidad objetiva. Desearíamos que así fuera, pero en realidad, si bien se mira, la disposición constitucional prohíbe presumir de derecho la culpabilidad en los casos en que ésta es exigible según la ley, pero no excluye la posibilidad de una ley que establezca casos de responsabilidad objetiva, es decir, en que la culpabilidad no se presume, sino que simplemente se prescinde de ella y se sanciona un hecho haya o no culpabilidad. No hay una regla constitucional expresa que exija que siempre deba haber culpabilidad para que pueda imponerse una pena (**nulla poena sine culpa**).

4) Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado (Art. 19 N° 3°). Es la formulación del principio de la reserva en sus sentidos de **legalidad** estricta (sólo la ley puede establecer delitos y penas) y de **irretroactividad**. La nueva formulación presenta un aspecto mejor y otro peor con respecto a similar regla en la Constitución de 1925. Es mejor en el sentido de que se reconoce expresamente la procedencia de la retroactividad de la ley posterior al delito cuando ella favorece al afectado, regla que establecía desde antiguo el Art. 18 del Código Penal. Doctrina y jurisprudencia unánimemente aceptaban que ella no era contraria a la Constitución, aunque el texto de esta última no contemplaba excepciones. Pero es más defectuosa en la medida en que se cambió la referencia al "hecho sobre que recae el juicio" por la locución "perpetración del delito". El empleo de la expresión "hecho" tenía la ventaja de obligar a las leyes penales a imponer castigo solamente en virtud de hechos, coincidente con la definición legal del delito como "acción u omisión" (Art. 1° del C. Penal). En cambio, la sola referencia a la "perpetración del delito" no es suficiente, ya que a falta de definición o limitación constitucional del concepto, podría una ley sancionar el estado o carácter de una persona, o sus pensamientos u opiniones, aunque no se hubieren traducido en hechos, y se abriría así el paso hacia un derecho penal de autor (en que se sanciona por lo que éste **es**, no por lo

que **hace**). Corrobora este temor el empleo de la voz "conducta", de significado ambiguo, en el inciso siguiente de esta misma disposición, que se analiza a continuación.

5) Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella (Art. 19 N° 3°). Esta regla ha venido a incorporar en forma expresa a las exigencias constitucionales el llamado principio de **tipicidad**, que la Constitución de 1925 no contemplaba, lo que obligaba a los intérpretes (unánimes en este punto) a una labor interpretativa no fácil para concluir que esa exigencia estaba también tácitamente incorporada en aquélla. Es ciertamente un progreso importante en la formulación constitucional del principio de la reserva, piedra angular del derecho penal liberal. No obstante, hay dos observaciones que formular al respecto. La primera es el empleo del término **conducta** como objeto de la descripción penal. Ciertamente, hay muchos y muy respetables autores cuya adhesión a los principios liberales es indudable, que emplean la misma palabra en la definición del delito (entre nosotros, v. gr., Novoa), sin otorgarle otro alcance que el de incluir en un término unitario tanto la acción como la omisión. No obstante, en su sentido generalmente empleado, "conducta" parece referirse más a un modo habitual de comportamiento que a una acción singular, o en todo caso, a una serie compleja de acciones, lo cual revive el riesgo de que la ley penal pueda incriminar "modos de ser" de una persona más que una acción específica de la misma, y se entreabra la puerta para el "derecho penal de autor".

La segunda observación se refiere a la exigencia constitucional de que la conducta incriminada esté **expresamente** descrita en ella. La duda surge de la circunstancia de que la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la actual Constitución había redactado este precepto señalando que la conducta penada debería estar **completa y expresamente** descrita en ella. No está clara la razón por la cual en definitiva se limitó la exigencia a una descripción **expresa** y se eliminó el requisito de que ella fuera también **completa**. Volveremos sobre el tema al tratar de las llamadas **leyes penales en blanco**; pero anticiparemos que el texto definitivo parece contentarse con excluir la punibilidad de conductas no descritas o sobreentendidas, pero no exigiría que **todas** las circunstancias propias de la incriminación estuvieran descritas en el texto.

6) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas. La confiscación de bienes es la pérdida de la propiedad o dominio sobre los bienes del condenado; el comiso, que la Constitución no define, es

caracterizado en el Art. 31 del C. Penal como la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del delito. La misma disposición lo impone como norma general en toda condena por crimen o simple delito. La admisión de la confiscación de bienes respecto de las asociaciones ilícitas legitimaría los casos en que la ley la impusiera, pero sin duda plantearía dificultades prácticas, ya que las asociaciones ilícitas no se constituyen formalmente por instrumentos públicos, ni tienen sus bienes inscritos, registrados o facturados a nombre de la asociación misma (ésta no es persona jurídica) (Art. 19 N° 7°, letra g) de la Constitución Política de la República).

7) No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales (Art. 19 N° 7° letra h) de la C. P. de la R.). En esta parte nos limitaremos a hacer notar la inconsecuencia resultante de que la Constitución permita que se prive a una persona de la vida por la vía penal, pero no de sus bienes y derechos previsionales (que en aquel caso pasarían a sus herederos).

8) Los indultos generales y amnistías sólo pueden ser otorgados por ley, y los indultos particulares, por el Presidente de la República, cuya atribución, sin embargo, debe arreglarse en su ejercicio a las normas generales que fije una ley (Arts. 60 N° 16 y 32 N° 16° de la C. P. de la R.). Tampoco la Constitución define estas instituciones ni señala sus efectos. Ellos aparecen precisados en los Arts. 43, 44 y 93 del C. Penal.

9) En algunas disposiciones la Constitución hace referencia, sólo por su denominación, a diversos delitos (traición, concusión, malversación de caudales públicos, soborno, sedición, en el Art. 48); en otras menciona conductas que estima delictivas y encomienda a la ley determinar su descripción y penalidad (conductas terroristas, en el Art. 9°; abusos de publicidad, Art. 19 N° 12°); en otros casos, en fin, tipifica directamente una conducta, aunque deja a la ley la determinación de la penalidad (imputaciones que lesionen la honra o invadan la vida privada, Art. 19 N° 4°; la particular forma de malversación de caudales públicos cometida por Ministros de Estado o funcionarios públicos, Art. 32 N° 22°, no siempre coincidente con el delito llamado así por el C. Penal). No nos ocuparemos aquí de ellas, ya que no se trata de normas o fundamentos generales sobre la ley penal.

Las restantes disposiciones de la Constitución en materias penales se refieren a normas de procedimiento y a otorgar las garantías y resguardos necesarios para la protección de las libertades públicas, particularmente de la libertad personal. No se refieren a la ley sustantiva.

Se echa de menos en los fundamentos constitucionales el establecimiento expreso de la norma **no hay pena sin culpa**, para excluir la admisibilidad de las disposiciones legales que no respetan tal principio, y de las que se tratará en su debido lugar; la proscripción de las penas **corporales**, como las de azote, mutilaciones, marcaciones físicas, etc., que si bien están en desuso o ya no existen en la ley positiva, no aparecen excluidas de una posible legislación futura; la imposición del principio *non bis in idem* para impedir el doble castigo y el doble juicio, y en fin, llama la atención que si bien el Art. 19 N° 3° dispone que los delitos sólo pueden ser castigados con penas impuestas por ley, no se señale la creación de delitos y penas entre las materias propias de ley en el Art. 60, sino sólo la posible dictación de un Código Penal.

FUNDAMENTOS INTERNACIONALES DEL DERECHO PENAL

Como más adelante se verá, el derecho penal es básicamente territorial y su fuente interna única es la **ley**, expresa, formal y escrita. Estas características parecen quitar relevancia al derecho internacional como fuente sustentadora del derecho penal. No obstante, hay dos circunstancias que llevan a la conclusión contraria. La primera es que, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, se ha abierto camino la idea de la existencia de un derecho universal, con verdadera fuerza jurídica, que aunque generalmente reviste la forma de tratados o convenciones, no está limitado en su aplicación a los Estados que sean partes contratantes de los mismos, sino que reclaman aplicación universal, la que se extiende a quienes no hayan sido parte de los tratados, e incluso prevalece por encima de éstos cuando ellos contienen disposiciones que se oponen a aquél. Son verdaderos principios de derecho internacional a los cuales los derechos internos de cada Estado deben sujetarse, y a los cuales también deben ajustarse los tratados o convenciones que ellos acuerden. La primera manifestación de esta tendencia se observa en la Carta de San Francisco (1945), que creó la Organización de las Naciones Unidas, la cual, pese a ser formalmente un tratado o convención multilateral, manifiesta claramente su propósito de atribuirse la calidad de ley fundamental universal para la humanidad, con carácter vinculante incluso para los no contratantes. La disposición que más abiertamente refleja el carácter de verdadera ley internacional que la Carta se atribuye, es el Art. 2°, párrafo 6, de la misma:

"La Organización velará por que los Estados que no son miembros de ella se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales".

Revisten igualmente este carácter la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948), Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de **Apartheid** (1973), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), y al menos en el ámbito americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985).

Debe recordarse, dentro del derecho chileno, que Bello no ponía en duda que el conjunto de principios de derecho internacional formaba parte de nuestro derecho, y que Manuel Egidio Ballesteros, en cita muy conocida, sostenía que "...con ser sólo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él".

Ese conjunto de normas verdaderamente jurídicas, de validez universal, que no pueden ser negadas o desconocidas, ni por los tratados internacionales, ni por los ordenamientos jurídicos internos, es lo que actualmente se llama *jus cogens,* o bien "normas imperativas" o "normas perentorias". La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita y ratificada por prácticamente todas las naciones independientes, se refiere al *jus cogens* en sus Arts. 53 y 64, usando expresamente ese nombre y atribuyéndole el efecto de anular los tratados que fueren contrarios a aquél. Aunque se discrepa acerca de las materias que forman parte del *jus cogens,* hay por lo menos dos áreas en que existe consenso para estimarlas regidas por éste: lo relativo a los derechos inherentes a la calidad de persona y lo atinente a la paz y seguridad internacionales.

La segunda circunstancia que debe tomarse en consideración es que el Art. 5° de la propia Constitución Política, en su inciso segundo, dispone:

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

La referencia al papel de garante de los derechos humanos esenciales que se atribuye en esa disposición a los tratados internacionales fue incorporada a través de una reforma convenida en 1989, después del resultado del plebiscito presidencial de 1988, entre el Gobierno de la

época y los partidos políticos, y fue aprobada por consulta plebiscitaria. Si la referencia en cuestión ha de tener algún sentido, éste debe ser, al menos, el de considerar tales garantías en un mismo plano: el constitucional y el dispuesto en los tratados internacionales.

Esto último debe ponerse en relación con la primera parte del referido inciso, donde se reconoce como límite de la soberanía a "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Con ello, el texto constitucional reconoce que existen verdaderos **derechos** (no simples aspiraciones o ideales éticos), que no emanan del derecho positivo (Constitución y leyes), sino de la naturaleza humana, y que son superiores a la soberanía (puesto que la limitan). Precisamente las Declaraciones y Convenciones a que hemos hecho referencia versan sobre estos derechos esenciales, y si bien ellos no estatuyen preceptos semejantes a los de la Parte Especial del derecho penal interno (con tipificación de delitos y establecimiento de penas) sí sientan determinados principios o normas que deben servir de fundamento a la estructura del derecho penal interno. Tienen a nuestro juicio tal calidad los siguientes principios:

1) Nadie puede ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 5; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Art. 7; Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, Art. 5.2). Esta regla puede suplir las deficiencias que notábamos en nuestra Constitución al no proscribir ésta las penas corporales ni prohibir claramente la tortura en cualquiera de sus formas.

2) El derecho a la **vida** aparece garantizado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3), que no reglamenta excepciones. Sin embargo, la pena de muerte es reconocida en los otros instrumentos internacionales a que nos hemos referido, aunque sometida a limitaciones y restricciones:

a) Ella sólo puede ser aplicada por los delitos más graves, en conformidad con leyes que hayan estado en vigencia al momento de cometerse el delito, en virtud de sentencia definitiva dictada por tribunal competente, y siempre que ella no sea impuesta en violación a la Convención sobre el Genocidio (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Art. 6.2; Pacto de San José, Art. 4.2);

b) Todo condenado a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena, y la amnistía, el indulto y la conmutación de la pena podrán ser otorgados en todos los casos (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Art. 6.4; Pacto de San José, Art. 4.6);

c) No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres

en estado de gravidez (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 6.5; Pacto de San José, que agrega a las personas mayores de setenta años, Art. 4.5);

d) No podrá imponerse la pena de muerte por delitos políticos, ni por delitos comunes conexos con delitos políticos (Pacto de San José, Art. 4.4);

e) No se extenderá la aplicación de la pena de muerte a delitos a los cuales no se la aplique actualmente (esto último debe entenderse referido a la fecha de entrada en vigencia del Pacto) (Pacto de San José, Art. 4.2);

f) No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido (Pacto de San José, Art. 4.3).

3) Proscripción de la retroactividad penal: nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no eran delictivos según el derecho nacional o internacional ni se impondrá una pena más grave que la prevista en dicho momento (Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 11.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que expresamente admite la retroactividad *in bonam partem,* Art. 15; Pacto de San José, igual al anterior, Art. 9);

4) Prohibición de la prisión por deudas o incumplimiento de obligaciones contractuales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 11; Pacto de San José, que exceptúa los apremios por incumplimiento del deber de dar alimentos, Art. 7.7);

5) Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; el régimen penitenciario tendrá por finalidad la reforma y la readaptación social; los procesados deben estar separados de los condenados, y los menores, separados de los adultos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 10; Pacto de San José, Arts. 5.2, 5.4, 5.5 y 5.6);

6) La responsabilidad penal es individual: la pena no puede trascender de la persona del delincuente (Pacto de San José, Art. 5.3);

7) El genocidio, el **apartheid** y la tortura son crímenes internacionales y los Estados deben establecer en sus derechos internos penas adecuadas para tales delitos (esto se señala en las respectivas Convenciones: sobre el Genocidio, Art. V; sobre Apartheid, Art. IV; sobre Tortura, Art. 4).

Aparte de los principios mencionados, tienen también importancia los principios de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad (Convención al respecto, aprobada en 1968); las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (aprobadas por el Consejo

Económico y Social de la ONU en 1957 y 1977) y la Convención sobre Esclavitud, Servidumbre y Trabajo Forzado (firmada originalmente en Ginebra en 1926, modificada por un Protocolo de las Naciones Unidas en 1953).

Por la naturaleza perentoria del *jus cogens,* por la incorporación expresa de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución chilena y por el principio enunciado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Arts. 26 y 27) en el sentido de que los tratados deben cumplirse de buena fe y que un Estado no podrá invocar disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado, hay que concluir que al menos las reglas enunciadas precedentemente deben considerarse como bases del sistema penal nacional, establecidas por vía internacional y que se suman a las bases, ya examinadas, que brotan del texto de la Constitución.

EL PRINCIPIO DE LA RESERVA O LEGALIDAD

El hecho de que la ley sea la única fuente de derecho penal se conoce generalmente con el nombre de "principio de la reserva o legalidad", y constituye la piedra angular de todo el sistema jurídico-penal. Sin embargo, debe advertirse que el principio en cuestión tiene un alcance más amplio que el de reservar a la ley el monopolio de creación de derecho penal. En efecto, el principio de la reserva, entendido como garantía constitucional propia de los regímenes democráticos y liberales, tiene en realidad un triple alcance:

a) Solamente la ley puede crear delitos y establecer sus penas (principio de **legalidad** en sentido estricto);

b) La ley penal no puede crear delitos y penas con posterioridad a los hechos incriminados y sancionar éstos en virtud de dichas disposiciones (principio de **irretroactividad**), y

c) La ley penal, al crear delitos y penas, debe referirse directamente a los hechos que constituyen aquéllos y a la naturaleza y límites de éstas (principio de **tipicidad**).

El principio de la reserva o legalidad encuentra entre nosotros su fundamento en los incisos 7° y 8° del número 3° del Art. 19 de la Constitución Política, que dicen:

"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

"Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

Este principio, en una u otra forma, se repite en otras disposiciones legales, como el Art. 18 del C. Penal y el mismo Art. 1° de dicho código. Este último define lo que es delito, diciendo:

"Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley".

En cuanto al Art. 18 del C. Penal, dispone:

"Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración".

Es de fundamental importancia el hecho de que el principio de la reserva tenga, en materia de penalidad, el carácter de precepto constitucional. La simple consagración legislativa sería insuficiente ante la posibilidad de que leyes posteriores modificaran el principio o lo derogaran, en forma total o parcial, expresa o tácita, como ocurre, por ejemplo, con el principio de irretroactividad en materia civil, postulado en el Código Civil, pero no en la Constitución Política de la República (con la excepción de los derechos patrimoniales adquiridos). De este modo, las leyes civiles pueden darse a sí mismas efecto retroactivo, con lo cual el principio del Código Civil resulta en el fondo sólo un criterio interpretativo de la ley y no una norma obligatoria para el propio legislador.

El sentido de **legalidad** que este principio tiene, aparece con bastante claridad del texto constitucional. Las condenas en materia criminal sólo pueden pronunciarse en virtud de una ley. Y el concepto de **ley**, aunque no definido en la propia Constitución, está caracterizado con mucha claridad en los Arts. 62 a 72 de la misma.

La **irretroactividad** de las leyes penales está también de manifiesto en el texto del Art. 19 N° 3° inciso séptimo de la Constitución Política, y sobre ella volveremos al ocuparnos de la validez temporal de la ley.

Finalmente, el principio de la reserva tiene un sentido de **tipicidad.** Ello significa que la ley penal, en su contenido, debe referirse a hechos específicos y penas determinadas (por lo menos en cuanto a su naturaleza y límites generales). Durante la vigencia de la Constitución de 1925 este requisito no estaba formulado de modo expreso en el texto constitucional, lo que obligaba al penalista a una labor de interpretación a veces complicada, pero que llegaba a la conclusión de que la formulación constitucional de entonces llevaba implícita la exigencia de tipicidad, en lo que toda la doctrina concordaba. El actual texto constitucional, ya transcrito, contiene la exigencia de que la conducta conminada con una pena esté "expresamente descrita" en la ley penal. Hemos hecho ya una breve referencia al alcance de los términos "conducta" y "expresamente", y volveremos sobre ello al analizar el problema de las llamadas "leyes penales en blanco". Pero es evidente que el sentido de **tipicidad** de la ley penal es indispensable para que el principio de la reserva cumpla en realidad con su misión de garantía del derecho pe-

nal liberal: que el ciudadano, al obrar, sepa por una ley vigente al momento en que se dispone a obrar, qué conductas constituyen delito y están penadas y cuáles otras no lo son y pueden ser llevadas a cabo libremente. Tal misión se frustraría si la ley se limitara a señalar vagos criterios de penalidad. Si una ley considerara delito "todo evento socialmente dañoso", los castigos que se impusieran a su amparo cumplirían formalmente con el requisito de estar contemplados en una ley, pero como no hay descripción o referencia a ningún hecho específico, ésta no tendría la función de garantía que puede ser dada solamente por la exigencia de tipicidad. Esta misión de garantía del principio de **tipicidad** penal ha sido puesta de relieve por FONTAN BALESTRA, y por su parte SOLER ha destacado la circunstancia de que las violaciones modernas al principio de la reserva se producen más bien por inobservancia de la exigencia de previsiones definidas.[1] Se da a este tercer sentido el nombre de principio de **tipicidad**, para usar la expresión de BELING, jurista que destacó por primera vez en forma sistemática las proyecciones técnicas de las descripciones legales de los delitos.

Históricamente, el principio de la reserva ha estado íntimamente ligado al progreso filosófico y legislativo del pensamiento liberal. No tiene fundamento en el derecho romano, que lo desconoce como principio esencial de derecho, pese a algunas referencias aisladas a la ley previa. Suele citarse también la Magna Carta dada por Juan Sin Tierra a los nobles ingleses (1215) como el primer antecedente histórico de formulación expresa del principio, pero es dudoso que así sea. Atendiendo al solo texto, puede observarse la ausencia del principio de irretroactividad de la ley, a lo que debe añadirse que la referencia al juicio de acuerdo con "la ley del país", tiene forzosamente un sentido muy diferente al que hoy le daríamos entre nosotros, ya que se formula en un país de derecho fundamentalmente consuetudinario, no escrito. Igualmente, el juicio "por los iguales" no hace sino consagrar la desigualdad derivada de los diferentes estatutos jurídicos de las clases sociales: en este sentido, el juicio único por la autoridad soberana (el rey) tendría mucho más efecto igualitario. Modernamente, parece que la Magna Carta es considerada como de proyecciones históricas más modestas que las que tradicionalmente se le atribuyen.

Como ley, el principio de la reserva se impone en las constituciones políticas de algunos estados de la Unión norteamericana; forma parte

[1] Véase FONTAN BALESTRA, CARLOS, *Misión de Garantía del Derecho Penal,* Depalma, Buenos Aires, 1950; SOLER, SEBASTIAN, "La formulación del principio *nullum crimen",* en *Fe en el Derecho y otros ensayos,* T.E.A., Buenos Aires, 1956.

de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la Revolución Francesa, y se incorpora a las constituciones y códigos penales dictados a lo largo de los siglos XIX y XX. Se encuentra consagrado también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 (Art. 11), y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá, en 1948 (Art. 26). En el pensamiento doctrinario, la legalidad de los delitos y de las penas es uno de los postulados fundamentales de BECCARIA, quien decía:

"Sólo las leyes pueden decretar las penas y los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador, que representa a toda la sociedad, unida por un contrato social".

Aunque no es el primer autor que lo menciona, corresponde a FEUERBACH el acierto de haber enunciado el principio en una fórmula latina que se ha hecho célebre: **"nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege"** (no hay delito sin ley; no hay pena sin ley).

En su aspecto práctico, el principio de la reserva se traduce en que el juez no podrá sancionar por delitos que no estén establecidos como tales en la ley con anterioridad a la realización de los hechos, ni aplicarles penas que no estén igualmente determinadas en la ley en cuanto a su naturaleza, duración o monto. Y si una ley penal pretende otorgar efecto retroactivo a sus disposiciones, podrán el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, según los casos, declararla inconstitucional o inaplicable por ser contraria a la Constitución.

Puede observarse fácilmente que el principio de la reserva o legalidad es algo más que una institución puramente jurídica: es en realidad la base de todo un sistema político que considera la libertad individual como el más elevado valor social. El desconocimiento del principio de la reserva ha ido casi siempre unido al predominio político de sistemas que consideran más importantes otros valores: la lucha de clases, la defensa de la raza, la comunidad nacional, etc. El derecho penal (como todo el derecho, en general) se concibe entonces como un arma más al servicio de esos ideales u objetivos sociales, y no como un sistema de protección a la libertad y demás valores jurídicos del individuo.

LA LEY COMO FUENTE DE DERECHO PENAL

No se encuentra definido en la Constitución Política el concepto de "ley". Sin embargo, de su contexto aparece con claridad que al referirse el Art. 19 a una "ley", quiere designar con ello a las disposiciones de obli-

gatoriedad general que se generan en conformidad a las normas sobre "formación de las leyes", y que corresponden, en esencia, a la definición proporcionada por el Código Civil en su Art. 1°:

"La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

Dada la naturaleza del derecho penal, las leyes de esta clase no son permisivas. Desde este punto de vista, los actos para el derecho penal se dividen en penados y no penados. Los actos penados son siempre contravención a leyes prohibitivas o imperativas. Todos los demás son actos no penados. Y en este sentido, no cabe hablar tampoco de "lagunas" en el derecho penal, si con ello se quiere designar una cierta "zona de incertidumbre", en la que las disposiciones penales nada nos dicen. Si nada dicen, ello significa que se trata de actos penalmente irrelevantes.

Constitucionalmente, las leyes son dictadas por el Congreso Nacional y el Presidente de la República en su carácter de colegislador, y con las formalidades prescritas en la misma Constitución. Una norma jurídica que, en lo formal, sigue estas prescripciones, y en su contenido no está en pugna con la Constitución, es una ley en el verdadero sentido de la expresión, y a la que, por oposición con otras normas irregulares, se le da el nombre de **ley propia**.

Pero existen además otras disposiciones que tienen la apariencia o se atribuyen el carácter de leyes, sin serlo en verdad. A este grupo de normas se le da el nombre de **leyes impropias**. Dentro de este grupo encontramos dos grandes categorías: las llamadas "leyes irregulares", y otras normas jurídicas que no son leyes desde ningún punto de vista.

1. Leyes irregulares. Llamamos leyes irregulares a aquellas que por su contenido son leyes (esto es, se refieren a materias que según la Constitución Política deben ser objeto de ley), pero que no lo son desde el punto de vista formal, o sea, no han seguido, en su formación, los trámites señalados por la Constitución Política. Naturalmente, para que una norma de esa clase suscite un problema de validez, será preciso que la autoridad política pretenda atribuirle general obligatoriedad y hacerla cumplir.

Esta situación puede producirse cuando el Poder Legislativo ha hecho delegación de sus facultades, en todo o parte, en el Poder Ejecutivo, o en virtud de una simple situación de hecho el gobierno que detenta el poder político emite órdenes sobre asuntos que son materia de ley, y constriñe a los ciudadanos a acatarlas. En el primer caso, tenemos las llamadas **leyes delegadas** o **decretos con fuerza de ley**; en el segundo caso, los **decretos leyes**.

En la época inicial de vigencia de la Constitución de 1925, el texto de la misma no autorizaba ningún mecanismo de delegación de atribuciones legislativas al Poder Ejecutivo por el Legislativo. De hecho, sin embargo, era práctica frecuente que se dictaran leyes delegatorias de tal clase (llamadas "de facultades extraordinarias"), invocando la necesidad de una mayor expedición legislativa y de sustraer a la discusión político-parlamentaria ciertas materias de gran complejidad técnica. Ello llevó a la modificación constitucional aprobada por la Ley 17.284, que entró en vigencia en 1970, que permitió expresamente tal clase de delegación legislativa en el Ejecutivo, dentro de ciertos límites. Entre las materias susceptibles de delegación no se mencionaba la de crear delitos y sus correspondientes penas, y se excluían de una posible delegación las materias comprendidas en las garantías constitucionales (allí precisamente se contenía el principio de la reserva, la protección de la libertad personal y las garantías procesales penales). La Constitución actual, en su Art. 61, contempla también expresamente la posibilidad de delegar facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, pero asimismo con ciertas limitaciones, entre las cuales se contiene la de excluir de toda posible delegación las "materias comprendidas en las garantías constitucionales", sobre lo cual puede comentarse lo mismo dicho más arriba acerca de idéntica limitación en la Constitución de 1925. La dictación de decretos con fuerza de ley, según la misma disposición, está sometida al trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República, quien debe rechazarlos cuando excedan o contravengan los límites de la delegación. Además, el Tribunal Constitucional tiene entre sus atribuciones la de "resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley (Art. 82 N° 3°) y la Corte Suprema tiene respecto de ellos la facultad de declararlos inaplicables por ser contrarios a la Constitución (salvo en aquellos aspectos que hubieren sido declarados conformes a ella por el Tribunal Constitucional) (Arts. 83, inciso final, y 80 de la C. P. de la R.).

Bajo la Constitución de 1925 y antes de la reforma de 1970, fueron dictadas en Chile disposiciones penales a través de decretos con fuerza de ley, como el D.F.L. 4, de 1960 (sobre Servicios Eléctricos), el D.F.L. 213, de 1953 (Ordenanza de Aduanas), etc. Llamada a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de estas disposiciones penales, la Corte Suprema reconoció que los decretos con fuerza de ley tenían la calidad de verdaderas leyes, y que por lo tanto eran fuente de derecho penal. Incluso se admitió la procedencia del recurso de casación en el fondo por infracción de las disposiciones penales contenidas en dichos decretos con fuerza de ley. Para sancionar su constitucionalidad, generalmente la Corte Suprema sostuvo que le estaba vedado inmiscuirse en las fa-

cultades de otros poderes públicos, y que la costumbre constitucional había validado su legitimidad. La verdad es que en el fondo existieron razones prácticas para decidir en tal sentido; declarar la inaplicabilidad de los decretos con fuerza de ley habría significado dejar sin efecto numerosas y complejas disposiciones administrativas, económicas, etc., con el consiguiente trastorno social. Si a ello se agrega que en los casos fallados las disposiciones penales no atentaban contra las garantías constitucionales, ni se pretendía darles efecto retroactivo, la conveniencia práctica de admitir la validez de dichas disposiciones parecía mayor que la del mantenimiento del principio. De modo que puede afirmarse que en la realidad jurídica chilena esta clase de "leyes irregulares" ha sido considerada fuente válida de derecho penal.

Los decretos leyes son disposiciones sobre materias propias de ley, que se han dictado históricamente en épocas de disolución del Congreso por obra de gobiernos **de facto**. No ha existido delegación alguna, sino una simple situación de hecho. Hasta 1973, esta situación fue históricamente excepcional en Chile. Cuando ella se presentó, hubo decretos leyes que crearon delitos y establecieron penas (cuerpos legales en su mayoría ya derogados, como el Decreto Ley 425 sobre Abusos de Publicidad, de 1925). Pero al asumir el poder el gobierno militar nacido del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, y ser disuelto el Congreso, la dictación de decretos leyes pasó a ser la forma normal de gobernar en Chile, por un lapso que se prolongó hasta marzo de 1990. Para mayor complicación jurídica de este período, el Comandante en Jefe del Ejército, que tomó el título de Presidente, y la Junta de Gobierno, no solamente se atribuyeron la suma de las facultades que la Constitución de 1925 otorgaba al Ejecutivo y al Legislativo, sino también el Poder Constituyente, de tal suerte que al entrar en conflicto las disposiciones de un decreto ley con las de la Constitución, esta última debería entenderse "tácitamente modificada". Tal cosa dispuso el Decreto Ley 788, según el cual desde su dictación en adelante las modificaciones a la Constitución o las disposiciones que versaran sobre materias constitucionales por su naturaleza (como las garantías individuales) deberían hacer invocación expresa al ejercicio del Poder Constituyente. Este último no tuvo más límites que la autorregulación impuesta por el Gobierno militar a través de **Actas** constitucionales (categoría jurídica desconocida hasta entonces). En fin, contribuyó a la confusión legal de este período el hecho de que a partir de la imposición de la Constitución de 1980, las disposiciones dictadas por las autoridades pasaron a llamarse "leyes" en vez de decretos leyes, pese a que siempre se dictaban en la misma forma que estos últimos, ya que el Congreso Nacional no entró en funciones hasta marzo de 1990. Existen pues "leyes" que

así se denominan y llevan los números correlativos, pero que en realidad se dictaron en la misma forma que los decretos leyes, antes del restablecimiento de la institucionalidad prevista en la propia Constitución de 1980. Tal es el caso desde la Ley 17.983 hasta la Ley 18.975.

Es innecesario demostrar mediante ejemplos que durante ese largo período los decretos leyes y las sedicentes "leyes" hasta 1990, crearon delitos y establecieron penas, o modificaron los cuerpos legales que regulaban éstas y aquéllos.

El juicio sobre el valor de estas disposiciones como fuente de derecho penal no es idéntico al que pudiere formularse respecto de los decretos con fuerza de ley. En el caso de estos últimos se trata de dilucidar, por los mecanismos constitucionales competentes, la legalidad de disposiciones generadas dentro de un orden jurídico vigente y que pretender estar de acuerdo con él. En el caso de los decretos leyes, la continuidad político-jurídica está abiertamente rota, y la validez de los decretos leyes depende de criterios metajurídicos: políticos, sociales, históricos, filosóficos, o del más práctico y prosaico sometimiento a una realidad que se impone por la fuerza. El principio que los hace reconocer como derecho vigente y válido es **"hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas"**. Durante la vigencia del poder de hecho, éste los hace respetar; restaurada una normalidad constitucional, corresponderá al nuevo orden pronunciarse sobre el reconocimiento que quiera darle a ese conjunto de normas fácticas. Por lo general, si el período de irregularidad política ha sido prolongado, la actitud de las nuevas instituciones ha sido la de un reconocimiento tácito del imperio de los decretos leyes. Entre nosotros, la Corte Suprema ha admitido sin discusión la validez y vigencia de los mismos, tanto durante el régimen de facto como una vez retornada la normalidad constitucional. Pero ha de tenerse en cuenta también que lo mismo puede decirse del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, quienes igualmente han admitido tal situación, aunque sea de un modo tácito y negativo, al derogar o modificar mediante leyes regulares las disposiciones irregulares de la autoridad precedente.[1]

2. OTRAS NORMAS JURÍDICAS. Son las que en general quedan comprendidas dentro de lo que se ha llamado la **potestad reglamentaria** del Poder Ejecutivo y otras autoridades administrativas, como las municipalidades. Los reglamentos, ordenanzas, instrucciones y decretos del Eje-

[1] Con encomiable espíritu cívico se refiere a todo este problema CURY. Véase CURY, *Derecho Penal,* Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, tomo I, págs. 128 y ss.

cutivo, y los acuerdos u ordenanzas municipales completan el cuadro de estas "otras normas jurídicas". Su valor inmediato como fuente de derecho penal es nulo, pero pueden tener un valor mediato, cuando la Constitución o la ley facultan a determinados organismos administrativos para reglamentar ciertas materias y para aplicar sanciones en casos de contravención a sus reglamentos, dentro de ciertos límites, y también en el caso de las llamadas **leyes penales en blanco**.

LEYES PENALES EN BLANCO

BINDING es el autor de esta expresión, con la cual designa a aquellas leyes incompletas, que se limitan a fijar una determinada sanción, dejando a otra norma jurídica la misión de completarla, con la determinación del precepto, o sea, la descripción específica de la conducta punible. De acuerdo con la doctrina de BINDING, que ya hemos expuesto, acerca de la estructura de las normas y leyes penales, y de las relaciones entre ambas, la ley penal ordinaria supone primero la descripción de una hipótesis de hecho, y en segundo término, el establecimiento de una consecuencia jurídica para el evento de que tal hipótesis se produzca ("el que mate a otro" [presupuesto de hecho], "sufrirá tal o cual pena" [consecuencia jurídica], nos muestra con claridad esta estructura).

Ocasionalmente, sin embargo, sucede que las leyes penales no asumen esta forma, sino que únicamente señalan la sanción, y dejan entregada a otra ley o a las autoridades administrativas la determinación precisa de la conducta punible. La disposición más característica de este grupo de normas es probablemente el Art. 318 del Código Penal:

"El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte sueldos vitales".

Puede observarse que el artículo en cuestión sólo señala con precisión la pena, pero la conducta misma punible será determinada en cada caso por otras disposiciones, no legales, sino establecidas por la autoridad administrativa. Hay también otros artículos del Código Penal que siguen una línea semejante, pero por lo general en ellos se señala al menos el núcleo de la conducta, esto es, la esencia de la misma, y las disposiciones reglamentarias sólo vendrán a dar una mayor precisión circunstancial a la conducta sancionada. Tal sería el caso, v. gr., del Art. 314 del C. Penal:

"El que, a cualquier título, expendiere otras sustancias peligrosas para la salud, distintas de las señaladas en el artículo anterior, contraviniendo las disposiciones legales o reglamentarias establecidas en consideración a la peligrosidad de dichas sustancias, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte sueldos vitales".

En estos casos, la naturaleza de la conducta misma aparece fijada: se trata de **expender ciertas sustancias**; ellas deben ser **peligrosas para la salud** y **distintas** de las que se han señalado en el artículo anterior. Las leyes o los reglamentos sólo se encargarán de precisar cuáles son las exigencias de dicho expendio. En fin, no cualquiera infracción a tales disposiciones será delictiva, sino solamente la que consista en el expendio de dichas sustancias con infracción de las exigencias legales o reglamentarias que se han establecido "en consideración a la peligrosidad de dichas sustancias" (no las que se han establecido por otras razones, como sería, v. gr., la obligación de observar determinado horario o de pagar patente oportunamente). No queda al capricho de la autoridad administrativa erigir en delito cualquiera conducta: sólo lo será la que consista en las actividades ya indicadas. En cambio, en el caso del Art. 318, la conducta figura de un modo puramente formalista y sin contenido específico alguno. Queda por entero en manos de la autoridad sanitaria la determinación de las conductas que constituirán delito.

El problema que se suscita respecto de las leyes penales en blanco es el siguiente: ¿Es conciliable con el principio de la reserva y con el texto el Art. 19 N° 3° incisos 7° y 8° de la Constitución, el hecho de que la determinación concreta de las conductas delictivas quede entregada a la autoridad administrativa y no la haga la ley?

La cuestión, ya de por sí compleja en la Constitución de 1925, ha tomado nuevos matices en el texto constitucional actual, ya que el Art. 19 N° 3°, inciso final, dispone que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". Las palabras clave, por cierto, son las dos últimas, ya que aparentemente se establece una prohibición absoluta de disociar la "descripción de la conducta" (tipificación) por un lado, y la "imposición de pena" por otro: ambas deberían brotar directamente de la ley penal. Al parecer, tal fue el propósito que inspiró el precepto, según las actas de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Constitución. Y es de hacer notar que eso no varió por la circunstancia (cuya razón se ignora a ciencia cierta) de que la exigencia primitiva de una descripción "completa y expresa" de la conducta se haya reducido a requerir una descripción "expresa". En efecto, la prohibición de disociar "conducta descrita" y "pena establecida" proviene, según se ha dicho, de los dos últimos vocablos: **en ella**, que no fueron alterados.

El tratamiento tradicional de este tema ha tendido a seguir la distinción original de MEZGER entre leyes en blanco **propias** e **impropias**. En estas últimas no se suscitaría problema de constitucionalidad, puesto que la ley que establece la pena se remite para determinar la conducta sancionada a otras disposiciones de la misma ley, o de otra ley del mismo rango constitucional, con lo que en definitiva siempre es la ley la que resulta ser fuente, tanto de la descripción de la conducta como de la pena correspondiente.

En cuanto a las leyes en blanco **propias**, **serían** aquellas en que la ley que establece la pena se remite, para la descripción de la conducta punible, a un ordenamiento jurídico de inferior jerarquía que la ley, por lo general, a disposiciones de carácter administrativo, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus organismos dependientes. Esta situación se presenta con mucha frecuencia en el terreno de los delitos económicos en sentido amplio (incluyendo los aduaneros, tributarios, cambiarios, etc.), y también en los relativos a la salud pública. La tentación autoritaria hizo extenderse esta situación a los delitos políticos y terroristas. Respecto de estas leyes, también la doctrina tendió a aceptarlas con cautela dentro de ciertos límites, y así se distinguió entre las leyes **parcialmente** en blanco y las **totalmente** en blanco. En la primeras, existiría una descripción, aunque incompleta, de la conducta, que comprendería por lo menos la esencia de la acción (el **verbo rector** del tipo, según más adelante se explicará), y se dejaría a la autoridad administrativa sólo la determinación más precisa y circunstancial del hecho; en las segundas, la descripción legal carecería de toda determinación, y se remitiría íntegramente a la reglamentación administrativa. Estas últimas no podrían ser consideradas conformes con la Constitución, pero sí las primeras.

De las justificaciones ofrecidas para la aceptación de las leyes penales en blanco, aparte de las que invocan razones puramente prácticas, la mejor fundamentada nos parece ser la de SOLER. Al remitirse a las disposiciones de la autoridad administrativa, el legislador no entiende darle "carta blanca" para establecer delitos. Sabe que dicha autoridad tiene sus facultades limitadas por la Constitución y las propias leyes, de tal modo que sólo puede moverse dentro de ciertos límites para mandar y prohibir conductas. El ejercicio de esa potestad no puede llegar a violar los derechos constitucionales y legales de los ciudadanos. En esas circunstancias, y atendida la particular importancia de observar esas prescripciones en determinadas épocas, la ley presta el arma poderosa de la sanción penal para reforzar la imperatividad del legítimo ejercicio de una facultad reglamentaria. Por una parte, si la autoridad administrativa excede sus facultades y crea caprichosamente conductas obligatorias,

sus actos serán nulos, ante la Constitución y ante la ley. Y por otra parte, la autoridad está impedida para crear **sanciones**, que es lo propio y característico de las disposiciones penales, puesto que esa misión se la ha reservado la ley, sin concederla a la autoridad administrativa. Así, la ley penal en blanco no sería sino el refuerzo prestado al ejercicio legítimo de una facultad concedida por la Constitución y las leyes, y delimitada en ellas mismas.

Tal explicación podría haber sido válida en su integridad bajo la vigencia de la Constitución de 1925, tanto para las leyes en blanco **propias** como para las **impropias**. Pero el Art. 19 N° 3°, inciso final, de la Constitución de 1980, excluye, a nuestro parecer, aquellos casos de leyes **propias** en que la remisión a la disposición extrapenal es total y no se ofrece determinación alguna respecto de la conducta incriminada. Dado que el anteproyecto, según se ha explicado, exigía que la conducta estuviera **completa** y **expresamente** descrita en la ley penal, y en definitiva se eliminó el requisito de descripción **completa**, podría ser aceptable que la ley penal dejara **parte** de la descripción encargada a una fuente complementaria, siempre que lo **esencial** de la conducta estuviere ya señalado en aquélla. Si ni siquiera con eso se cumpliera, no podría decirse que la descripción de la conducta es **expresa**. En otros términos, podría aceptarse la validez de leyes en blanco **propias** siempre que fueran **parcialmente** en blanco, y no **totalmente.**

Esta doctrina tiene siempre presente, como criterio de validez, la función de **garantía** que cumple el principio de la reserva en su triple acción, y por lo tanto la norma complementaria supone: 1) que ella se dicte dentro de las atribuciones que las leyes confieren al organismo administrativo correspondiente; 2) que en ningún caso pretenda establecer una incriminación retroactiva, y 3) que formalmente se cumpla con las exigencias de publicidad anticipada que son propias de toda ley penal. Este último requisito, por ejemplo, ya había sido sentado por vía jurisprudencial en los tribunales bajo la vigencia de la Constitución de 1925. En suma, debe tratarse siempre del simple reconocimiento y refuerzo del ejercicio de una facultad legal y no de un verdadero abandono de la función legislativa en órgano de la administración.[1]

[1] En la doctrina nacional se han ocupado del tema tanto CURY como COUSIÑO. El primero, en su obra ya citada, tomo I, págs. 132 y ss., y en su monografía *La ley penal en blanco,* Editorial Temis, Bogotá, 1988, y el segundo, en su obra *Derecho Penal chileno,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, tomo I, págs. 83 y ss. CURY admite, con alguna reticencia, ya bajo la vigencia de la Constitución de 1980, la admisibilidad de las leyes penales en blanco, pero rechaza la idea de que en ellas no se respete el principio de la reserva o que se justifiquen sólo por razones de expedición, y

OTRAS FUENTES DE DERECHO PENAL

La **costumbre**, que tiene en general escaso valor en nuestro sistema jurídico, lo tiene aun menor en materia penal. No es jamás, desde luego, fuente directa o inmediata de derecho penal. Puede sí tener el valor de fuente mediata, cuando las disposiciones penales se refieren a instituciones propias de otras ramas del derecho, como el derecho civil o el comercial, y en dichos campos, con relación a esas instituciones, se admite la costumbre como fuente de derecho. En tales casos, se tratará siempre de la costumbre llamada **integrativa** *(secundum legem),* con exclusión de la **contraria** a la ley y de la **supletoria** de la misma.

Siendo éste el principio indiscutible, no puede desconocerse, sin embargo, que la costumbre social o jurídica influye en la vigencia o en la modalidad de aplicación del derecho. Hemos ya visto cómo la costumbre constitucional chilena ha sido tenida en cuenta para aceptar la validez de los decretos con fuerza de ley como fuentes de derecho penal. Puede mencionarse además la impunidad práctica que tienen entre nosotros conductas que la ley sanciona como delictivas, tales como el duelo y las publicaciones obscenas. De modo que la costumbre jurídica, si bien no tiene en principio valor alguno, ejerce sin duda influencia en la aplicación práctica del derecho a la vida real.

Totalmente distinto es el caso de las disposiciones penales que se remiten a las "buenas costumbres", v. gr., para describir una conducta delictiva. Aquí se trata solamente de un factor descriptivo-valorativo que obliga a estudiar la realidad social para saber si determinada conducta es o no delictiva. No se trata de la costumbre como **fuente** de derecho penal. Es decir, no es la costumbre la que crea delitos y establece penas, sino que sirve únicamente de elemento interpretativo auxiliar para precisar el alcance concreto de una descripción y una sanción creada

---

señala las exigencias que a su juicio deben reunirse para admitir la validez de una ley penal en blanco, y que también se orientan, en general, en el sentido de que ello ocurra sólo cuando la misión de garantía de la ley penal esté adecuadamente respetada. Coincide con nosotros en que la conducta debe estar mencionada al menos en lo esencial, en la ley penal misma; en que la sanción esté también determinada en ella, y en que se cumpla con las exigencias de publicidad que son de rigor en el caso de la ley misma. En cuanto a COUSIÑO, cree que las llamadas leyes en blanco *impropias* constituyen una técnica legislativa defectuosa y desaconsejable, pero no llega a pronunciarse por su inconstitucionalidad, y en cuanto a las *propias,* piensa que constituyen sólo aparentemente una excepción al principio de la reserva, siempre que la reglamentación administrativa complementaria cumpla con las exigencias de publicidad propias de la ley misma.

por la ley exclusivamente. En estos casos, la costumbre no es fuente, inmediata ni mediata, de derecho penal.

En cuanto a la **jurisprudencia**, entendida como la doctrina sentada por los tribunales de justicia al fallar los casos sometidos a su conocimiento, puede decirse que en derecho penal tiene también aplicación el principio de que las sentencias no tienen valor sino respecto de aquellos casos sobre los que actualmente se pronunciaren. Este principio conduce en la práctica inevitablemente a la discrepancia en los fallos judiciales, pero no debe pensarse que ello sea siempre desventajoso. Por el contrario, evita la petrificación del derecho y permite corregir interpretaciones que con el correr del tiempo y el desarrollo científico del derecho se advierte que eran erróneas. MANZINI hace una enérgica defensa de esta discrepancia, criticando a los jueces inferiores "demasiado inclinados a acoger sin crítica los responsos de la llamada jurisprudencia constante".[1]

Claro está que de hecho, al igual que lo que ocurre con la costumbre, la existencia de un tribunal de casación hace que la interpretación constante y uniforme de determinada expresión oscura de la ley mueva a los tribunales inferiores a interpretarla de la misma manera. Pero esto es ya un asunto de hecho y de práctica, no de derecho.

La jurisprudencia tiene, en cambio, un valor mucho más importante en los países de derecho consuetudinario, como el **common law** anglosajón, y en los países de derecho penal revolucionario, o que han eliminado el principio de la reserva, donde el juez es verdaderamente un creador **a posteriori** de derecho penal.

La **doctrina** u opinión de los juristas no tiene tampoco en principio valor alguno como fuente de derecho penal. Pero tal como en el caso de la costumbre y la jurisprudencia, no cabe duda de que la doctrina puede tener efecto sobre la manera de entender y aplicar el derecho por los tribunales. Incluso puede tener influencia legislativa: bastará recordar la importancia de las doctrinas de PACHECO para los redactores de nuestro Código Penal.

Los **actos administrativos** son sólo fuente del llamado derecho penal administrativo, distinto del común. Indirectamente, en el caso de las leyes penales en blanco que a ellos se remiten, pueden ser fuente mediata de derecho penal.

En cuanto a la influencia del derecho internacional sobre el derecho penal interno, véase lo dicho supra acerca de los **Fundamentos internacionales del derecho penal.**

[1] MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho Penal,* Teorías Generales, I, p. 364, Ediar, Buenos Aires, 1948.

Capítulo II

CARACTERES, FORMAS Y VALIDEZ DE LA LEY PENAL

La ley penal participa de los caracteres del derecho penal en general, y en tal sentido puede decirse que ellos son los siguientes:

1. La ley penal es **aflictiva**. Según la distinción entre **norma** y **ley**, que ya explicáramos, la ley penal es una fórmula elíptica que se integra por una hipótesis de hecho y una consecuencia jurídica que para ella se señala. Ahora bien, la hipótesis de hecho es la transgresión de un imperativo que no se encuentra explícito en la ley, pero que se deduce de ella. Ese imperativo, en sí, es abstracto y neutro, tiene simplemente un carácter jurídico, común a todas las ramas del derecho. Lo que distingue particularmente a la ley penal es la naturaleza de la sanción o consecuencia que en ella se contempla, y que en la ley penal es precisamente la **pena**, que ya hemos en principio descrito como un mal que se hace a la persona que incurre en la transgresión de la norma. Claro está que este mal es impuesto por razones de bien común y, en consecuencia, desde el punto de vista social es un bien. Y todavía, socialmente hablando, puede también constituir en cierto aspecto (moral) un bien para la propia persona sancionada. Pero desde el ángulo estrictamente jurídico, la pena resulta un mal en cuanto priva al delincuente, total o parcialmente, de algo que la ley considera un bien (vida, libertad, propiedad).

Otras ramas del orden jurídico, en cambio, establecen consecuencias de distinto orden para los eventos que prevén: restablecimiento de la igualdad jurídica, creación de ciertos derechos, etc. A este propósito, resulta importante recordar que, de acuerdo con el Art. 20 del C. Penal, "no se reputan penas, la restricción de la libertad de los procesados, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas", con lo cual se señala claramente una dis-

tinción entre el derecho penal **común**, por una parte, y el derecho penal **disciplinario y administrativo** por la otra.

2. La ley penal es en segundo término **obligatoria**. Situada en la esfera del derecho público, la vigencia de sus disposiciones sólo queda subordinada al efectivo acontecer de las hipótesis de hecho en ella previstas. Dándose esta situación, resulta obligatorio para los órganos del Estado la aplicación de la sanción señalada. A este respecto debe anotarse, sin embargo, que a veces la vigencia del imperativo jurídico que prohíbe o impone ciertas conductas queda subordinada a determinadas circunstancias que dependen de la voluntad de los particulares (v. gr., en aquellos casos en que el consentimiento del interesado hace desaparecer el mandato de la norma). Y en otros casos, la actividad del órgano estatal encargado de la represión depende también de la manifestación de voluntad del particular afectado, como ocurre en los delitos de acción privada y en aquellos que requieren al menos de denuncia o querella para iniciar el procedimiento. Estas circunstancias, sin embargo, no quitan el carácter esencialmente obligatorio de la ley penal.

En relación con este punto debe anotarse que en principio el mandato transgredido a través de la conducta descrita en la ley penal es obligatorio para todos los ciudadanos. Pero esto es en realidad propio de todo el ordenamiento jurídico, de todas las normas. En cuanto a la aplicación, en tal caso, de la sanción prevista, es una obligación que recae primordialmente sobre los órganos del Estado. El transgresor que queda impune por lenidad de dichos órganos o incapacidad de los mismos para sancionarlo, no comete por ello una nueva transgresión distinta de la que ya cometió en primer término. Ni siquiera se sanciona penalmente entre nosotros la evasión de los detenidos por lo que toca al evadido mismo, pero sí respecto de los funcionarios estatales que intencional o negligentemente la permitieren.

3. La ley penal es además **irretroactiva**. Esta característica, en principio, es común también a las demás leyes no penales. Pero solamente la ley penal tiene tal carácter por mandato constitucional, de tal modo que analógicamente podríamos decir que en las demás leyes esta característica es de su **naturaleza**, en tanto que en las leyes penales pertenece a su **esencia** misma. Esta exigencia deriva del tenor del Art. 19 N° 3° inciso 7° de la Constitución Política, a que ya nos hemos referido.

El propio texto ya señalado admite excepciones al principio de la irretroactividad, que se explican al tratar de la validez de la ley penal en el tiempo. Se trata, sin embargo, de excepciones que no violan el sentido garantizador del principio y están contempladas en beneficio del afectado.

4. Finalmente, la ley penal es **igualitaria**. De conformidad al Art. 10 N° 1° de la Constitución Política, ella garantiza a todos los habitantes de la República la igualdad ante la ley, y añade que en Chile no hay clases privilegiadas. Por otra parte, el Art. 5° del C. Penal establece que la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. De allí se deduce que en principio la ley penal es obligatoria para todos, y para todos en la misma forma.

Sin embargo, es indudable que en la descripción de los tipos legales, la ley muchas veces restringe el sujeto activo a determinados grupos de personas, con ciertas características en cuanto a nacionalidad, sexo, edad, condición jurídica, estado civil, etc. En general, puede estimarse que este hecho no se opone al principio constitucional de igualdad, al menos mientras las previsiones legales se dirijan en forma abstracta a ciertas categorías de personas. Pero a veces esas categorías de personas pueden ser tan restringidas, compuestas por tan pocas personas, que resulte en el hecho una ley penal dirigida intencionalmente sólo a unas personas y no a otras respecto de las cuales podría existir la misma razón de amenaza penal. En tal caso, no cabe duda de que el principio constitucional estaría vulnerado. La determinación de los casos en que esto ocurre quedará forzosamente entregada a la apreciación de los organismos que se pronuncian sobre la constitucionalidad de las leyes y su posible inaplicabilidad a casos particulares.

Aparte de las situaciones mencionadas, hay otros casos en los cuales el principio de la igual aplicación de la ley a todas las personas sufre excepciones que no se han estimado atentatorias al principio constitucional, o que están consagradas en el texto de la propia Constitución Política. De ellas se trata en el capítulo relativo a la aplicación de la ley penal con relación a la personas.

FORMAS DE LA LEY PENAL

Las formas que asume la ley penal pueden clasificarse desde dos puntos de vista: atendiendo al **contenido** de dichas leyes o bien atendiendo a su **extensión**.

1. Las leyes penales según su contenido

La forma esencial y más pura de ley penal es aquella en que se describe primeramente una conducta y luego se señala una consecuencia jurídica (pena) para el caso de que se realice dicha conducta ("el que mate a otro sufrirá tal o cual pena"). Pero no todas las leyes penales, y ni siquiera todos los artículos del Código Penal, tienen la misma estruc-

tura. Desde luego, en dicho código y en otras leyes penales especiales se han incluido disposiciones que por su naturaleza no son penales, sino civiles, procesales, administrativas, etc. (v. gr., Arts. 47, 48, 128, 327, 410, etc., del C. Penal). Pero aun dentro de las disposiciones propiamente penales encontramos diversas categorías, cuyos objetivos y estructuras son diferentes. Las principales son:

a) Leyes **preceptivas**. Son las que corresponden propiamente al contenido señalado más arriba: hipótesis de hecho, seguida de la sanción.

b) Leyes **fundamentativas**. Se les llama también leyes **normativas**, denominación demasiado vaga, puesto que la imperatividad es característica de todo el orden jurídico. Son aquellas que enuncian principios que informan la ley penal o que dan criterios o instrucciones a las que deben ceñirse los destinatarios e intérpretes de la ley. De esta naturaleza son los Arts. 7° y 8° del C. Penal, que establecen que en general la tentativa y la frustración son punibles, y que la conspiración y proposición lo son sólo excepcionalmente; el Art. 4°, que dispone que los cuasidelitos sólo se penan en los casos especiales que el Código determina; los Arts. 5° y 6°, que sientan el principio de la territorialidad de la ley penal chilena; el Art. 18, que repite el principio constitucional de la irretroactividad de la ley penal; el Art. 14, que establece que son criminalmente responsables los autores, cómplices y encubridores, etc.

c) Leyes **declarativas** o **explicativas**. Estas leyes complementan por lo general a las preceptivas, dándoles su cabal alcance y sentido; determinan el significado de otras normas, y con frecuencia contienen definiciones. Son el grupo más importante dentro de la Parte General del derecho penal. La mayoría de las disposiciones del Libro I del Código Penal pertenece a este grupo. Tal es el caso del Art. 1°, que define el delito; el Art. 2°, que define el cuasidelito; los Arts. 7° y 8°, que definen la tentativa, el delito frustrado, la conspiración y la proposición; los Arts. 15, 16 y 17, que definen los conceptos de autor, cómplice y encubridor; los Arts. 10, 11 y 12, que señalan las causales de exención de responsabilidad penal, de atenuación y de agravación de la misma; todos los artículos que definen o caracterizan las distintas penas, etc.

Todos estos grupos de leyes se complementan entre sí y confirman lo expuesto precedentemente en el sentido de que el alcance y contenido de un precepto no se agota en la consideración aislada de su texto. Realizada, v. gr., la acción de matar, debemos todavía acudir a la Parte General para enterarnos de que si se realiza tal acto en las circunstancias propias de la legítima defensa, no debe imponerse pena. Y aunque tal cosa no acontezca, encontraremos allí otra disposición (Art. 10 N° 10), según la cual tampoco el acto es punible si se ejecuta "en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho", lo

que obligará, en último término, a revisar todo el ordenamiento jurídico para determinar si en alguna parte se impone el deber o se concede el derecho de matar en las circunstancias concretas que estamos examinando. Reafirma esto la unidad del ordenamiento jurídico, y el carácter sancionatorio y no autónomo del derecho penal. Sólo al término de nuestro examen sabremos exactamente cuál es la norma jurídica verdadera que se esconde tras el escueto enunciado "el que mate a otro sufrirá tal o cual pena".

También en relación con el contenido de las leyes se suele mencionar las leyes **finales** y las **permisivas**, pero a nuestro juicio estas categorías son inaplicables a las leyes penales por su naturaleza. Leyes **finales** son aquellas que no imponen una conducta específica, pero que condicionan determinados derechos al cumplimiento de ciertos requisitos: v. gr., el que quiera obtener la nacionalidad chilena deberá cumplir tales y cuales trámites. Se comprende que si se impone una pena para el incumplimiento, la conducta se transforma en obligatoria, y si no se impone pena, la ley no es penal. No hay leyes penales finales. En cuanto a las **permisivas**, dijimos ya que tampoco existen en materia penal: las conductas no obligatorias son penalmente lícitas, sin necesidad de ninguna declaración expresa.

2. Las leyes penales según su extensión

Por **extensión** de la ley entendemos su ámbito de aplicación: a las personas, en el tiempo y en el espacio. De ello nos ocuparemos más adelante, señalando aquí sólo las divisiones más importantes.

a) La principal clasificación es la que divide el derecho penal en **común**, **administrativo y disciplinario**, categorías a las que ya nos hemos referido. El primero es obligatorio en general para todos los súbditos del Estado, en tanto que los otros tienen objetivos diferentes y se aplican sólo a determinados grupos de personas.

b) Dentro del derecho penal **común**, la principal división de las leyes es la que separa al **Código Penal** de las **leyes penales especiales**. Hemos hecho referencia a la historia del Código Penal nacional y sobre su contenido concreto nos extenderemos en el resto de la presente obra. En cuanto a su estructura general, anotaremos que está dividido en tres Libros. El Libro I contiene lo que se llama Parte General del derecho penal, y se extiende del Art. 1° al 105 inclusive. Trata esta parte de la definición del delito y cuasidelito, división de los mismos y principios fundamentales que los rigen; de las formas de aparición del delito; de las circunstancias que eximen de responsabilidad penal, que la atenúan o que la agravan; de las personas responsables de los delitos; de las penas en general, su naturaleza, clasificación y

efectos, su división y aplicación, y de las circunstancias que extinguen la responsabilidad penal. El Libro II corresponde a la Parte Especial, y se extiende del Art. 106 al 493. En diez títulos separados se refiere a los delitos en particular, agrupados en general de acuerdo con el criterio de los "bienes jurídicos", esto es, en relación con los valores que se ven atacados o amenazados por los distintos delitos. El Libro III, de menor extensión e importancia, comprende los Arts. 494 a 501; pertenece también a la Parte Especial y se refiere a las faltas o delitos de menor gravedad, que se agrupan según su penalidad y no según el criterio de los "bienes jurídicos". Finalmente, se dan algunas reglas comunes a las faltas.

En cuanto a las **leyes penales especiales**, las más importantes son el Código de Justicia Militar y la Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado. El primero contiene un catálogo completo de delitos y penas, relativos a las Fuerzas Armadas y al Cuerpo de Carabineros. La segunda crea también un vasto repertorio de delitos y penas en relación con la seguridad interna y externa del Estado, y el orden público, y establece un procedimiento penal especial. Deben mencionarse además en este grupo la Ley 16.643, sobre Abusos de Publicidad; la Ley 18.314, sobre Conductas Terroristas, y las leyes 19.366 y 19.393 sobre Tráfico de Estupefacientes.

También existen disposiciones penales contenidas en leyes que en su conjunto no son penales. Tal es el caso de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, la Ley de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas, la Ley de Quiebras, la Ordenanza de Aduanas y muchas otras. En fin, existen además disposiciones penales en otros códigos que no son el del ramo, como el Orgánico de Tribunales, el de Procedimiento Civil, el de Comercio y el Tributario.

c) Se distingue también entre leyes **retroactivas e irretroactivas**, según se apliquen o no a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia. De ellas nos ocuparemos al tratar de la aplicación de la ley penal en el tiempo.

VALIDEZ DE LA LEY PENAL

La validez de la ley penal se refiere a las condiciones de fondo y forma que ésta debe reunir para tener vigencia. Ellas pueden sintetizarse diciendo que la ley debe ser generada hasta su término final de acuerdo con las disposiciones constitucionales, y que, en su contenido, no debe ser contraria a lo establecido en la Constitución. En suma, en cuanto a forma y fondo, debe ajustarse a la Constitución Política.

Aunque el problema del control de la constitucionalidad de las leyes no es propio del derecho penal, nos referiremos brevemente a este punto. Por lo que toca al **fondo** de la ley, el juez no tiene en principio facultad para examinar su conformidad con la Constitución. Presentada formalmente como ley, debe aplicarla. El Tribunal Constitucional puede examinar la constitucionalidad de un proyecto de ley antes de que ésta haya sido promulgada. Si a su parecer el proyecto es contrario a la Constitución, lo declarará así y aquél no podrá convertirse en ley en la parte impugnada. Una vez promulgada la ley, la Corte Suprema podrá declarar inaplicable alguno de sus preceptos a un caso particular, por ser contrario a la Constitución. No podrá hacerlo, sin embargo, por un supuesto vicio que en su oportunidad fue denunciado al Tribunal Constitucional y éste declaró ajustado a la Constitución. El fallo de la Corte Suprema no invalida ni deroga en general la ley impugnada, sino que la hace inaplicable al caso determinado a cuyo respecto se suscitó la cuestión. En la práctica, sin embargo, es evidente que una sentencia de la Corte Suprema, que declara inaplicable un precepto por inconstitucional, será difícilmente cambiada por este tribunal en casos posteriores.

Distinto es el problema por lo que toca a la inconstitucionalidad de **forma**. El juez está obligado a resolver los casos de acuerdo con la ley, y en materia penal, exclusivamente de acuerdo con ella. Por lo tanto, llegado el momento de fallar, tendrá forzosamente que inquirir cuáles son las leyes vigentes; esto es, determinar qué normas son leyes y cuáles no lo son. Para ello no tiene más guía que la Constitución Política, y entonces deberá verificar si determinada norma es formalmente una ley. No podrá llegar a inmiscuirse en el terreno privativo de los otros poderes del Estado (v. gr., si dentro de cada rama del Congreso se han cumplido o no las exigencias reglamentarias); pero si comprueba que en la formación de la ley se ha faltado a algún trámite esencial de los señalados por la Constitución, como la aprobación por alguna Cámara o la promulgación por el Presidente de la República, no deberá aplicar esa norma que en verdad no es ley. No hará al respecto una declaración absoluta y general, pero no le dará aplicación en el caso concreto de que se trata. Debe advertirse, sin embargo, que la Constitución Política, en su Art. 82 N° 5°, encomienda al Tribunal Constitucional pronunciarse acerca de las cuestiones de constitucionalidad que se susciten cuando el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda y que su atribución llega hasta promulgar por sí mismo el texto aprobado o rectificar la promulgación incorrecta. El juez deberá atenerse a lo fallado por el Tribunal Constitucional. Pero esta inter-

vención del Tribunal Constitucional no es obligatoria ni puede ejercitarse de oficio, sino a petición de alguna de las Cámaras o de parte de sus miembros, y dentro de determinados plazos. Si por tal razón no llega a existir un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, valdrá lo dicho precedentemente.

Capítulo III

INTERPRETACION DE LA LEY PENAL[1]

La interpretación, según MOLINARIO, es "la operación mental cuyo objeto es la captación íntegra, exacta y fiel de un juicio, a través de la proposición que lo enuncia".[2] La norma jurídica es voluntad, pero asume la forma concreta de una ley, que está formada de términos. La ley sólo puede cobrar vida, o sea, aplicarse a la realidad social, a través de un juicio formulado por un individuo (juez), quien aplica una voluntad abstracta (la ley) a un caso concreto. Como la ley se expresa en forma de juicio, el juez necesita indispensablemente, en todos los casos sin excepción, interpretar la ley. Esto es, a través del examen de los términos que la forman, captar el concepto normativo que debe regir. El juez no puede siquiera excusarse de aplicar la ley con el pretexto de que es oscura o no la entiende. Se ha dicho a veces que cuando la norma es suficientemente clara basta simplemente con aplicarla (NOVOA),[3] y que en tal caso no se necesita interpretación. La verdad es que siempre, en todo caso, es necesario interpretar la ley. A veces esta tarea será simple, cuando el texto de la ley sea sencillo y en forma rápida, casi inme-

---

[1] Sobre todo lo relativo a esta materia, es indispensable la consulta de la destacada obra de SEBASTIAN SOLER, *La Interpretación de la Ley,* Ed. Ariel, Barcelona, 1962. También del mismo autor, ya en el plano de la filosofía jurídica, *Las Palabras de la Ley,* Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1969. Es importante la obra *Algunas Palabras sobre las Palabras de la Ley,* de GENARO R. CARRIO, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, en que precisa su posición frente a las tesis de SOLER en la última obra citada. En lo que toca a la dogmática chilena, ver COUSIÑO, LUIS, "La interpretación de la ley en la dogmática chilena", en el volumen *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 704. Del tema en general se ocupan el propio COUSIÑO, *op. cit.,* tomo I, págs. 97 y ss., y CURY, *op. cit.,* tomo I, págs. 142 y ss.

[2] MOLINARIO, ALFREDO J., *Teoría de la interpretación de las leyes penales,* citado en MOLINARIO, "La retractación", Revista de Derecho Penal, año II, N° 4, 1946, p. 439.

[3] NOVOA, EDUARDO, *Curso de Derecho Penal Chileno,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, I, p. 134.

diata y directa, sus términos nos muestren cuál es el concepto que quieren expresar. Pero siempre la determinación de la idea que está detrás de la palabra es una labor interpretativa. Cuando el Art. 19 del C. Civil dispone que si el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, no está prohibiendo que se interpreten las leyes claras, sino que ese precepto, en sí mismo, es precisamente la primera **norma interpretativa** de la ley. Solamente significa que en tales casos debe atenerse el intérprete al concepto que en forma evidente corresponde a los términos empleados. Pero es también una interpretación. No es correcto plantear como una disyuntiva: o se aplica la ley o se interpreta; lo primero, en las leyes claras, lo segundo, en las oscuras. Toda ley debe aplicarse en conformidad a su sentido auténtico, y previamente debe ser interpretada, para poder saber cuál es su sentido.

Históricamente, el pensamiento de la Ilustración fue contrario a la interpretación de las leyes penales. Tal es la posición de BECCARIA, de FILANGIERI, de ROSSI. Con mucha anterioridad, sin embargo, ya encontramos una disposición de JUSTINIANO prohibiendo interpretar el Digesto. Pero esta tendencia se inspira más bien en el temor a la glosa desnaturalizadora, y no en el rechazo de una indispensable operación lógica. Por "interpretación" de la ley se entendía entonces el comentario que, con criterios más o menos tortuosos, concluía por desvirtuar completamente el sentido de la ley así "interpretada". Igualmente, se temía que la interpretación vulnerara el principio de la legalidad de los delitos y penas, dando una nueva puerta de entrada a la arbitrariedad judicial y política, especialmente a través de la analogía. Pero parece claro que, para evitar este peligro, la solución no está en eliminar la interpretación, lo que es una imposibilidad lógica, sino en determinar con exactitud la forma y condiciones en que esta interpretación debe hacerse para no traicionar los principios y la naturaleza de la ley penal.

Modernamente, y por otras razones, la escuela egológica de CARLOS COSSIO es contraria a la interpretación de la ley. "No es la norma la que se interpreta", dice este autor, "sino la conducta humana mediante la norma".[1] No podemos detenernos a analizar el pensamiento de esta escuela, y nos limitaremos a señalar nuestra discrepancia con su posición, que atribuye a la norma jurídica un simple papel cognoscitivo, despojándola de su esencial imperatividad.

El objeto de la interpretación de las leyes, en consecuencia, es el de determinar cuál es el pensamiento y la voluntad de la ley frente a

[1] COSSIO, CARLOS, *El derecho en el derecho judicial,* Ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945, p. 129.

un caso determinado. No se trata de determinar la voluntad "del legislador", sino "de la ley". Porque a veces, como acontece por ejemplo en muchas modificaciones introducidas por la Comisión Redactora de nuestro Código Penal en relación con el Código Español que le sirvió de modelo, el legislador escoge una forma poco feliz para expresar su pensamiento, y así en definitiva la ley resulta diciendo algo diferente y hasta contrario de aquello que el legislador se propuso que dijera. Sin embargo, la "voluntad del legislador" puede ser un elemento interpretativo de ley dentro del método histórico, al determinarse la forma como se generaron los preceptos legales.

En suma, como expresa SOLER, la interpretación no va a buscar *extra legem,* sino *intra legem,* dentro de la propia ley, cuál sea la voluntad de ésta. Por otra parte, debe tenerse presente que la ley ha de interpretarse buscando cuál es su voluntad frente al caso actual que se trata de resolver; es evidente que el propio legislador, cuando la dictó, se propuso que rigiera por tiempo más o menos largo en el futuro y no sólo en la época de la dictación. En consecuencia, el intérprete debe ser "un jurista y no un arqueólogo" (MANZINI).[1] Así, cuando el C. Penal habla de "vehículo", hay que entender comprendido todo lo que hoy se considera vehículo, y no sólo los vehículos que existían a la promulgación del Código.

Los preceptos sobre interpretación de la ley pertenecen al terreno de la lógica jurídica, pero a veces, como ocurre entre nosotros, están reglamentados por el orden jurídico en disposiciones que en sí mismas son leyes. Ello hace surgir una pregunta muy natural, que hemos visto también formulada por algún autor: ¿cómo se interpretan las normas sobre interpretación de la ley, que también son leyes? No pueden, naturalmente, interpretarse a sí mismas, y en consecuencia, deben aplicárseles sólo los principios generales de lógica jurídica y de la sana razón. Por este motivo, no puede desconocerse que la observancia de las normas sobre interpretación de la ley no se fundamenta en ellas mismas, sino más bien en la costumbre social y política de la sociedad.

Las normas sobre interpretación de la ley del título preliminar del Código Civil (Arts. 19 a 24) fueron introducidas por BELLO con el propósito inequívoco de que sirvieran de guía, no sólo a la interpretación de la ley civil, ni al solo derecho privado, sino a todo precepto legal. No son reglas impuestas por la lógica jurídica, sino que responden a un criterio sobre la ley propio de la llamada Escuela de la Exégesis, en el origen del movimiento codificador de fines del siglo XVIII y del siglo XIX.

[1] MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal,* Ed. Temis, Bogotá, 1954, I, p. 168.

Las llamadas "codificaciones" anteriores (Código de Manú, de Hammurabi, el Digesto, las Siete Partidas, la Carolina) fueron en buena medida sólo recopilaciones del derecho antiguo o de las leyes dispersas, y reconocían un amplio campo de validez a las costumbres inmemoriales y a los precedentes jurisprudenciales. Los romanos admitían también como fuente jurídica al derecho pretoriano (manifestado no sólo en sus sentencias específicas, sino en los decretos del pretor, que a la larga terminaron por codificarse e inmovilizarse en el Edicto Perpetuo), las opiniones de los jurisconsultos (Ley de Citas, decreto de VALENTINIANO III dando preferencia a PAPINIANO), la **aequitas**, equivalente a la epiqueya de ARISTOTELES, que todavía subsiste en el derecho anglosajón, aunque con un sentido algo diferente.

La codificación de los dos siglos pasados no pretende recopilar lo ya existente, sino crear un derecho nuevo, único, inmóvil, deducido por el examen razonado de la naturaleza del hombre individual y en sociedad, y romper a la vez con el pasado histórico y con las fuentes distintas de la ley como origen del derecho. Todo ello exigía que las leyes fueran claras, completas y coherentes: toda la ley está en el Código, se basta a sí misma y puede ser entendida por todo ciudadano, sin necesidad de ayuda de comentaristas, ni de juristas especializados. De ahí la desconfianza histórica del pensamiento de la Ilustración por la tarea interpretativa a que se ha aludido más arriba.

Los principios de la Escuela de la Exégesis han sido sintetizados de la siguiente manera:[1]

a) La codificación estabiliza el derecho y lo inmoviliza frente al futuro (principio de **inmovilización**).

b) El pasado jurídico queda borrado con la codificación; deja de tener vigencia e incluso carece de valor como fuente interpretativa (principio de **discontinuación**).

c) Para la recta interpretación de la ley sólo debe acudirse a su propio texto, que se explica por sí mismo, y en caso necesario, sólo al pensamiento que inspiró la ley: quedan excluidos los recursos a la tradición jurídica anterior y también los elementos posteriores para "poner al día" a la ley (principio de **reserva interpretativa para el legislador**), y

d) Todo el derecho está en el código: no valen como fuentes jurídicas ni la costumbre, ni el precedente judicial, ni la doctrina (principio de **exclusividad legal**).

[1] Ver SOLER, SEBASTIAN, *Interpretación de la Ley,* págs. 12 y 13.

Tales principios están incorporados en nuestro Código Civil, y no solamente en los Arts. 19 a 24, dedicados especialmente a la interpretación de la ley, sino en otros artículos: el Art. 3°, que establece el monopolio interpretativo del legislador; el mismo artículo, que rechaza el precedente judicial como fuente de derecho; el Art. 2°, que niega igualmente valor a la costumbre, salvo por remisión legislativa. Tales normas, como igualmente las de los Arts. 19 a 24 no representan, en su conjunto, por lo tanto, a la formulación de reglas exigidas por la lógica jurídica: son la imposición de una voluntad legislativa como expresión de un concepto filosófico-histórico del derecho. Basta con examinar las reglas que da el mismo Código Civil para la interpretación de los contratos (Arts. 1560 a 1566) para advertir que ellas son tan lógicas como las que se imparten para la interpretación de la ley, y sin embargo son diametralmente opuestas en su contenido, con su insistencia en la primacía de la intención sobre la literalidad de las palabras, la buena fe para desentrañar lo que verdaderamente está comprendido en el contrato, más allá del texto; en fin, se admiten ampliamente, aunque no se expresen, las cláusulas "de uso común". El Art. 1546 reconoce efecto obligatorio a lo que por la ley "o la costumbre" pertenece a la naturaleza de la obligación; conforme al Art. 1566 lo favorable o desfavorable de una cláusula debe tomarse en cuenta para su interpretación, según los criterios que tal disposición señala.

Por tal razón estimamos que los Arts. 19 a 24 del Código Civil tienen un sentido programático e ideológico propio de una concepción histórica determinada del derecho, pero siendo ellas mismas leyes, deben a su vez ser interpretadas, según se ha dicho, conforme a las normas de la lógica jurídica y de la sana razón, ya que ninguna proposición puede ser fuente de su propia validez lógica.

FUENTES DE INTERPRETACION DE LA LEY PENAL

La ley penal puede ser interpretada por el propio legislador, por el juez o por el jurista. Según ello, la interpretación se llama **auténtica, judicial y doctrinal**.

1. Interpretación auténtica. Es la interpretación de la ley hecha también por medio de la ley, sea una ley diferente de la interpretada, sea otro pasaje de la misma ley. Es la única de general obligatoriedad, de acuerdo con el Art. 3° del C. Civil. Como se trata de una verdadera manifestación de soberanía, esta interpretación se impone, aunque no parezca muy conforme a la lógica jurídica y al texto mismo interpretado.

Y de acuerdo con el Art. 9° del C. Civil, las leyes meramente interpretativas se entienden incorporadas en éstas, o sea, tienen efecto retroactivo. Sin embargo, y aparte de la excepción general consagrada en el mismo artículo relativa a la intangibilidad de la cosa juzgada en el tiempo intermedio, en materia penal no puede operar esta retroactividad en virtud de la regla del Art. 11 de la C. Política, que prima sobre la ficción simplemente legal. Sólo en caso de que en virtud de esta ley interpretativa posterior se produjeran las condiciones excepcionales del Art. 18 del C. Penal, que autorizan la retroactividad de la ley, podría admitirse ésta.

Son preceptos interpretativos, v. gr., los artículos que definen la tentativa (Art. 7°), lo que debe entenderse por "arma" (Art. 132), el concepto de "violencia" (Art. 439), etc., en el Código Penal.

2. Interpretación judicial. Es la que hacen los tribunales al fallar los casos concretos de que conocen. En este caso el intérprete está limitado por el texto mismo de la ley interpretada y obligado por las reglas legales en materia de interpretación. De acuerdo con el principio enunciado por el Art. 3° del C. Civil, esta interpretación sólo tiene efecto obligatorio respecto de los casos en que actualmente se pronunciaren las sentencias. Es de advertir que ese principio, sin embargo, es meramente legal y no constitucional, de modo que una ley podría atribuir una eficacia obligatoria más amplia a la interpretación judicial, sin que por ello se violara la Constitución.

3. Interpretación doctrinal. Es la que se hace privadamente por los juristas y estudiosos de la ley. Su libertad es máxima, pero su fuerza obligatoria es nula. Esto, desde el punto de vista jurídico, porque en el hecho es posiblemente la interpretación que más influencia ejerce, tanto sobre la interpretación judicial como sobre la auténtica o legislativa. Bastará recordar el influjo de los comentarios doctrinales de PACHECO sobre la Comisión Redactora de nuestro Código Penal. Cuando la interpretación de la ley se hace en relación con su texto vigente, se habla de un análisis **de lege lata**; cuando se realiza con miras a una reforma de dicho texto, la interpretación es **de lege ferenda**.

REGLAS DE INTERPRETACION DE LA LEY

El C. Civil, en su Título Preliminar, párrafo 4, establece las reglas generales para la interpretación de la ley, las que son obligatorias para el intérprete judicial.

No todas estas reglas son siempre aplicables a la ley penal, por la particular naturaleza de ésta y la primacía del principio de reserva den-

tro del derecho penal liberal, inspirador de las codificaciones decimonónicas. El propio BELLO estimaba que en materia penal era siempre obligatoria la interpretación **restrictiva**, principio ampliamente admitido en la tradición histórica romano-canónica, pero en pugna con los principios de la Escuela de la Exégesis, particularmente reflejados en esta materia en el Art. 23 del C. Civil.[1]

1. PRIMERA REGLA: ELEMENTO GRAMATICAL. Es un principio de lógica que, enunciándose la ley por medio de un juicio formado por palabras o voces, nuestro primer examen debe dirigirse precisamente a las expresiones empleadas por el legislador. Esto no es preferir la letra al espíritu, sino partir de la presunción de que el legislador sabe lo que dice, y que como regla general, las palabras que emplea traducen su pensamiento. El C. Civil enuncia esta regla primera al disponer (Art. 19) que:

"Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

Ahora bien, dentro de esta primera regla, ¿cómo deben entenderse las expresiones que la ley emplea? El propio C. Civil se encarga de establecer tres principios, a saber:

a) Si el legislador las ha definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significación legal. Es importante recalcar que cuando la definición aparece dada para "ciertas materias", tienen solamente **en éstas** su significación legal, y en las demás seguirá imperando el significado determinado según el tercer principio, analizado más adelante, que es el más general de todos. Así, hay algunas definiciones contenidas en el C. Civil, que son de carácter general; pero la mayor parte de ellas están dadas para las materias que el Código Civil reglamenta, esto es, la adquisición, goce, ejercicio y extinción de los derechos civiles, y no para materias penales. Se demuestra la validez de este punto de vista con un ejemplo: la voz "niño" está definida en el Art. 26 del C. Civil, pero esta definición, pese a sus términos generales, no es necesariamente aplicable en materias penales. El Art. 349 del C. Penal emplea esta misma expresión en un sentido diferente del que le atribuye la definición civil.

b) Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso. Esto signi-

[1] Llama la atención que COUSIÑO considere este antecedente como un reforzamiento de la tesis de la obligatoriedad de los Arts. 19 a 24 en materia penal. Véase COUSIÑO, *op. cit.*, tomo I, pág. 98.

fica que en caso de duda debe prevalecer el sentido técnico sobre el vulgar. Ordinariamente, para determinar el sentido técnico, si es controvertido, el tribunal recurrirá al informe de peritos.

c) En todos los demás casos, debe darse a las expresiones legales "su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas". Por cierto, se tratará del uso general actual de las palabras; no el uso general de ellas a la época de la dictación de la ley, por las razones que precedentemente se han explicado. A este respecto, debe rechazarse una tendencia que ha encontrado incluso cierto favor doctrinal y jurisprudencial, a saber, que el sentido natural y obvio de las palabras es el que se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española, obra de la Real Academia Española. Esto es un error. En primer término, porque contradice al texto mismo del Art. 20 del C. Civil, que se remite, mucho más lógicamente, al uso general y no a los diccionarios. En seguida, por cuanto es cosa sabida que el Diccionario de la Lengua Española, en su afán de proteger el esplendor lingüístico, es muy conservador en cuanto a la admisión de nuevos vocablos, y camina con muchos años de retraso con relación al uso general de los mismos (palabras como "básico" y "control" fueron de uso frecuente, incluso en el lenguaje culto, antes de ser admitidas en el Diccionario). Además, el Diccionario es hecho en España y fundamentalmente para los españoles; pese a que en los últimos tiempos se ha dado más cabida a las voces americanas, lo dicho sigue siendo cierto. Las palabras españolas tienen a veces en Chile un sentido o un matiz diferente del que tienen en España. Por último, hay ciertas expresiones que en el uso común tienen un significado totalmente diverso del que les atribuye el Diccionario (voces como "nimio", "álgido", "lívido", "involucrar" se usaban en el lenguaje corriente en un sentido diametralmente opuesto al de su definición en el Diccionario, antes de que éste admitiera para cada una de ellas una segunda o tercera acepción conforme al uso general; en Chile todavía es común emplear el término "atrabiliario" como si significara "arbitrario"). No está de más recordar también que no es muy verosímil que BELLO haya pensado remitirse al Diccionario de la Academia, de la cual no fue seguidor en materias gramaticales.

En cuanto al sentido natural y obvio, según el uso general, se trata de una circunstancia que el juez deberá apreciar, como muchas otras valoraciones culturales que la ley le obliga a hacer y que no son cuestiones de hecho sometidas a prueba, sino circunstancias "de pública notoriedad", según la expresión del Art. 89 del C. de Procedimiento Civil.

Las palabras no deben tampoco analizarse aisladamente, sino en relación con el contexto general. Tal es la regla del Art. 22 del C. Civil.

Además, en caso de duda, debe darse a las palabras su acepción más amplia y general, por sobre la restringida.

2. SEGUNDA REGLA: ELEMENTO TELEOLÓGICO. El elemento gramatical impera con exclusividad cuando, de acuerdo con él, "el sentido de la ley es claro". Sin embargo, el propio Art. 19 del C. Civil se pone en el caso de que la ley emplee una expresión "oscura", y en tal caso permite recurrir, para desentrañar su significado, a su "intención o espíritu". Esta regla no viene a desplazar la anterior, sino a complementarla cuando es insuficiente, mediante este elemento que llamamos teleológico, por fundamentarse en las intenciones o propósitos de la ley, también conocidos como el "espíritu" de la misma.

¿Cómo conocer el "espíritu" de la ley? Dos fuentes nos indica el propio Art. 19 del C. Civil:

a) **Ella misma**, o sea, la misma ley que se trata de interpretar. Esto pone de manifiesto que el elemento gramatical no ha sido eliminado, y que continúa siendo la base de la búsqueda del "espíritu". Cobra especial importancia el principio final que consignamos con respecto a la primera regla, a saber, que la ley no debe considerarse aislada o fraccionadamente, sino en su contexto general, buscándose la correspondencia y armonía entre sus diversas partes. Pero además interviene aquí la consideración de la llamada **ratio legis** o **mens legis**. SOLER dice a este respecto: "El estudio racional de la ley nos lleva siempre al descubrimiento de un núcleo que constituye la razón de ser de esa ley, es decir, a un fin".[1] La esencia de la racionalidad está constituida por el ordenamiento de medios con miras a su fin. De modo que la búsqueda del "espíritu" de la ley no es una operación puramente lógica, sino también valorativa. En materia penal, el fin de la ley es siempre la protección de intereses considerados socialmente valiosos por la ley (los llamados **bienes jurídicos**). La enunciación explícita del bien jurídico que se desea proteger (como se encuentra, v. gr., en cada uno de los títulos del Libro II del C. Penal), resulta entonces el mejor auxiliar del intérprete en su tarea de determinar cuál es el fin de la ley, su "intención" o "espíritu".

b) **La historia fidedigna de su establecimiento**. Esto es lo que suele llamarse el elemento **histórico** de interpretación, que dentro de nuestro sistema positivo no es sino un aspecto del elemento teleológico. Dentro de este elemento habrá que estudiar la **occasio legis**, o sea, la ocasión o marco histórico en que la ley nació; luego la historia del

[1] SOLER, *op. cit.*, I, p. 154.

precepto mismo, desde que fue primeramente ideado hasta que se concretó en la ley, para lo cual tiene importancia la consideración de los precedentes legislativos, de los modelos que han inspirado la ley, las obras de los tratadistas consultados, las opiniones de los redactores y legisladores, etc. La legislación comparada es especialmente útil a este respecto, sobre todo en el caso de nuestras leyes penales, generalmente tomadas –cuando no copiadas– de modelos extranjeros. Sin embargo, no debe verse en esto una contradicción con lo que señalábamos precedentemente en el sentido de que no tiene importancia la voluntad "del legislador", sino la "de la ley". Lo que debemos desentrañar a través del elemento histórico no es la voluntad de los legisladores, sino la de la ley.

3. TERCERA REGLA: ELEMENTO SISTEMÁTICO. No es tampoco un elemento diferente o separado de los anteriores, sino que los complementa. Se parte de la base de que un precepto legal no debe considerarse aislado, y de que el derecho penal no es tampoco un islote dentro del orden jurídico. Entre nosotros, ya encontramos una manifestación del mismo en la primera parte del Art. 22 del C. Civil, mencionada dentro del elemento gramatical, según la cual el contexto de una ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes. Además, y con respecto a otros preceptos legales, el C. Civil señala:

"Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto" (Art. 22 inciso 2°). Esto no excluye la búsqueda de la intención o espíritu, ni es subsidiaria de la misma, sino que puede realizarse paralelamente a ella.

4. CUARTA REGLA: ELEMENTO ÉTICO-SOCIAL. Este elemento sí que es supletorio de los demás, y sólo puede acudirse a él cuando no ha podido determinarse el sentido de una ley de conformidad a las reglas anteriores. Se encuentra señalado en el Art. 24 del C. Civil.

"En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural."

En cuanto este precepto hace referencia al "espíritu general de la legislación", podría pensarse que se trata sólo de una combinación del elemento teleológico y del sistemático. Sin embargo, cuando no se intenta descubrir el propósito de una disposición legal en particular, sino el de toda la legislación existente, parece claro que debemos llegar sólo a determinados principios muy generales, y con toda certeza formalistas, esto es, a ciertas valoraciones sociales que inspiran los fundamen-

tos de nuestra organización jurídica, y por tal razón creemos que este elemento interpretativo es más bien social que jurídico. En cuanto a la referencia a la "equidad natural", nos parece de naturaleza predominantemente ética, y como tal, también valorativa. Puede observarse que el "espíritu general de la legislación" y la "equidad natural" actúan en forma conjunta y complementaria, y no en forma alternativa. Mal podría suponer la ley que a veces el "espíritu general de la legislación" se opone a la "equidad natural".

La referencia que aquí se hace al "espíritu general de la legislación", y sobre todo a la "equidad natural", puede inducir a pensar que estos elementos no pueden jugar en materia penal, so pena de violar el principio de la reserva, que exige la existencia de una ley.[1] En verdad, no debe confundirse la resolución directa de un caso en virtud de la "equidad natural" y el "espíritu general de la legislación", lo que evidentemente estaría en pugna con el principio de la reserva, con el uso de dichos elementos como auxiliares en la interpretación **de una ley**. En este último caso, existe una ley, y en conformidad a ella se resuelve el caso, con lo cual el principio de la reserva está respetado. Solamente ocurre que, para determinar cuál es el verdadero sentido de dicha ley, podemos recurrir supletoriamente, en último término, a los factores ya señalados.

PRINCIPIOS LOGICOS Y VALORATIVOS DE INTERPRETACION

Ya hemos hecho observar que las normas recién analizadas del Código Civil tienen una naturaleza lógica diferente de las leyes cuya interpretación se atribuye la función de reglamentar, que son producto de la imposición por vía legislativa de una concepción filosófica y política determinada, y que no siendo susceptibles de interpretarse a sí mismas, deben serlo conforme a ciertos principios de lógica y valoración jurídica. ¿Existen tales principios? ¿Son aplicables entre nosotros, frente al carácter categórico de los Arts. 19 a 24 del C. Civil? Nuestra opinión es que ellos existen, y aunque está fuera de los límites de esta obra explicar latamente la fundamentación de cada uno, pensamos que los más importantes son:

a) Principio de la **inteligibilidad**. Cuando la ley dice algo, es porque ha querido decir algo, y es posible llegar a entender lo que ha querido decir.

---

[1] Así lo cree, v. gr., COUSIÑO, *op. cit.*, tomo I, pág. 98 *in fine*. Por las razones expuestas en el texto, no participamos de esa opinión.

b) Principio de **dispositividad**. Del todo semejante al que se establece en el Art. 1562 del Código Civil en materia de interpretación de los contratos: el sentido en que la ley puede producir algún efecto debe prevalecer sobre aquel según el cual no produce efecto alguno.

c) Principio de **especialidad**. Las disposiciones de carácter especial deben aplicarse con preferencia a aquellas que tengan carácter general; de lo contrario, las primeras no se aplicarían nunca, contradiciendo el principio de dispositividad.

d) Principio de **sucesión temporal**. Las disposiciones posteriores deben prevalecer sobre las anteriores en el tiempo, en la medida en que sean incompatibles entre sí.

e) Principio de **actualidad.** En la significación de las palabras debe atenderse al uso general y actual de las mismas y no al que específicamente pudieron haber tenido al promulgarse la ley (caso de términos como "vehículo", "arma", "buenas costumbres", etc.).

f) Principio de **multiplicación excluida**. Formulamos así el principio **"non bis in idem"**: cuando un hecho o circunstancia ya ha sido tomado en consideración para la aplicación de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerla en cuenta por segunda o ulterior vez para los mismos efectos. No es un principio de carácter lógico, pero sí valorativo, ínsito en el sistema liberal. Inspira el Art. 63 del C. Penal y procesalmente se manifiesta en la cosa juzgada penal y en la limitación del recurso extraordinario de revisión a las sentencias condenatorias, no a las absolutorias.

g) Principio de **coherencia**. Es el equivalente jurídico del principio lógico de no contradicción: el derecho es un orden general de voluntad imperativa, y no puede admitirse que él mande y prohíba a la vez un mismo hecho. Los preceptos contradictorios deben conciliarse, y si ello es imposible, hay que concluir que uno de ellos ha derogado total o parcialmente al otro u otros.

h) Principio de **concordancia**. La significación de un precepto no puede considerarse nunca aislada, sino en relación con todo el orden jurídico. La validez y alcance de un precepto están condicionados a la validez simultánea de todos los demás; el ámbito de su aplicación se extiende hasta donde limite con la aplicación de los otros.

i) Principio de **jerarquía**. Siendo jurídicas todas las normas, no todas están en un mismo plano en cuanto a imperatividad. Las normas constitucionales prevalecen por sobre las simplemente legales, y dentro de éstas también existe una jerarquía (leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y leyes comunes: las de rango inferior no pueden derogar o modificar tácitamente a las de rango superior); más abajo vienen los reglamentos u ordenanzas del Poder Ejecutivo, que no

pueden ir más allá de la ley que reglamentan; en fin, están los decretos supremos, que deben ajustarse a todos los peldaños superiores de la escala. (No consideramos las sentencias judiciales, que a nuestro juicio no son propiamente **normas**, por faltarles la obligatoriedad general que caracteriza a estas últimas.) Este principio tiene plena aplicación también en el derecho internacional, donde el **jus cogens** prevalece por sobre los tratados, y éstos, por encima del derecho interno.

Muchos de estos principios están también establecidos en disposiciones del Código Civil o en otros Códigos o leyes, pero fuera de las normas sobre interpretación de la ley. Tal es el caso de los Arts. 4° (principio de **especialidad**), 13 (mismo principio, **intra legem**), 52 y 53 (principio de **sucesión temporal**), 19 (principio de **concordancia**), todos del Código Civil; 63 (principio de **multiplicación excluida**) del Código Penal; arts. 19 N° 26, 80, 82 y 88 de la Constitución (principio de **jerarquía**).[1]

CLASES DE INTERPRETACION DE LA LEY

Según los resultados a que se llegue, en relación con el texto de la ley interpretada, la interpretación se califica de **extensiva** o de **restrictiva**. Posteriormente, se habla también de la interpretación **progresiva**.

1. Interpretación extensiva. A veces la aplicación de las reglas interpretativas analizadas en el párrafo anterior nos lleva a la conclusión de que, en su verdadero sentido, la ley comprende también ciertos casos que aparentemente no están incluidos en el tenor literal mismo del precepto. Se dice en estos casos que se ha hecho una interpretación **extensiva** de la ley. Esta expresión es engañosa si con ello se quiere decir que se ha **extendido** la aplicación de la ley a casos **no comprendidos** en ella, porque eso se llama analogía, de la que nos ocupamos más adelante. Lo que se ha hecho es únicamente desentrañar el verdadero sentido y alcance de la ley, y con sujeción a las reglas legales sobre interpretación. Nuestra conclusión es que determinado caso sí está incluido en el alcance de la disposición legal, y que únicamente el lenguaje empleado no fue claro o resultó poco feliz, pero que el sentido de la ley es indudablemente el de incluir el caso (no el **propósito** de la ley, sino su **voluntad o sentido**).

[1] Algunos de estos principios, con ciertos matices en relación con nuestro texto, son desarrollados por SOLER en *La Interpretación de la Ley,* págs. 168 y ss.

Con lo explicado precedentemente, queda en claro que la interpretación extensiva es perfectamente legítima en materia penal, siempre que se ajuste a las reglas legales ya analizadas. En general, podemos decir que resulta lícita la interpretación extensiva: 1) Cuando la ley no ha mencionado literalmente un caso en que la razón de la ley se manifiesta con **mayor** (no igual) evidencia y energía que en los mencionados expresamente, y 2) Cuando el texto, entendido de modo restringido, contradice a otro texto, de la misma o de otra ley.

2. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. Puede ocurrir también que el lenguaje de la ley peque a veces por demasiado vago y genérico, pareciendo incluir situaciones que, de conformidad a su genuino sentido, están en verdad excluidas de la ley. La interpretación que a tal conclusión llegue será una interpretación **restrictiva**.

La diferencia entre interpretación **restrictiva y extensiva** es una cosa completamente distinta de la diferencia entre interpretación favorable o desfavorable para el reo. Por lo general, una interpretación restrictiva será favorable al reo, pero no siempre y necesariamente. Por ejemplo, cuando al interpretar el Art. 10 N° 9, primera parte, que declara exento de responsabilidad al que ha obrado "violentado por una fuerza irresistible", el intérprete nos dice que esta disposición se refiere a la fuerza física y no a la moral, está haciendo una interpretación restrictiva que resulta desfavorable al reo. En general, la interpretación restrictiva de las disposiciones benignas resulta perjudicial para el reo.

Al igual que la interpretación extensiva, la restrictiva es también lícita entre nosotros, siempre que se ajuste a las reglas de interpretación legal. Lo que la ley no ha querido es que lo favorable u odioso de las distintas posibilidades fuerce la interpretación en uno u otro sentido. Lo que interesa es desentrañar el **verdadero** sentido de la ley y según las reglas que ésta da, sea que aquél resulte igual, o más amplio o más restringido que el lenguaje empleado.

3. INTERPRETACIÓN PROGRESIVA Y EL "DERECHO LIBRE". La expresión "interpretación progresiva" no tiene un significado totalmente preciso. Para algunos autores como MEZGER "la meta de la interpretación es la adaptación de la ley a las necesidades y concepciones del presente",[1] y la misma idea encontramos en MAGGIORE, para quien la finalidad del intérprete es la de "hacer actual la ley".[2] Estas finalidades, como se com-

[1] MEZGER, EDMUNDO, *Tratado de Derecho Penal,* Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, I, p. 153.

[2] MAGGIORE, *op. cit.,* I, p. 168.

prende, pueden alcanzarse dentro del marco de las reglas interpretativas de la ley, y en tal caso la "interpretación progresiva" significará sencillamente determinar el sentido de la ley frente a un caso actual, lo cual no sólo es lícito, sino obligatorio. Ahora bien, partiendo del supuesto que hemos señalado, esto es, que necesariamente el legislador ha previsto que la ley va a regir por un tiempo indeterminado hacia el futuro, resulta lógico pensar que la ley, frente a esta situación nueva, tiene un sentido, una voluntad que expresar. En materia penal, donde no hay lagunas, este sentido será el de castigar o bien el de no castigar, sin posibles posiciones intermedias.

Así, cuando el C. Civil dispone que las palabras se entiendan en su sentido natural y obvio, "según el uso general de las mismas", debemos atender al uso general de las palabras en la actualidad, y no a la época de promulgación de la ley. No pudo ignorar el legislador (especialmente un lingüista como BELLO) que la relación entre las palabras y los conceptos no permanece invariable y que el lenguaje evoluciona con la historia. El establecimiento de la regla del Art. 19 del C. Civil corresponde, precisamente, al deseo del legislador de que la ley mantuviera su vigencia actual, su adecuación histórica, el mayor tiempo posible. Cuando la ley quiso sustraer a este flujo semántico determinados conceptos, los definió expresamente, sea en general, sea con respecto a determinados asuntos.

NOVOA critica este punto de vista, afirmando que con ello se deja entregada la interpretación "a los azares de los cambios lingüísticos o de la nomenclatura técnica"[1] y cita como ejemplo la disposición del Art. 10 N° 1, que declara exento de responsabilidad al "loco o demente". Como actualmente esas expresiones tienen en la ciencia psiquiátrica un sentido restringido, de darles hoy este significado excluiríamos de la eximente a muchos enajenados mentales que sin duda la ley quiere mantener fuera de su ámbito. Estamos de acuerdo con NOVOA en que "loco o demente" no puede entenderse en el sentido técnico-psiquiátrico del presente, pero por otra razón: según el Art. 21 del C. Civil, las palabras técnicas de una ciencia o arte deben entenderse en su sentido científico, "a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso". Este es precisamente un caso en que se advierte con claridad (nos parece innecesario entrar a demostrarlo) que esos términos no se han tomado en sentido psiquiátrico, sino en sentido jurídico, esto es, se aplican al totalmente privado de razón. Y éste es, cabalmente, el sentido "natural y obvio" de la expresión **loco**, según el **uso ge-**

[1] NOVOA, *op. cit.*, p. 144.

neral de esta palabra **en la actualidad**. Para demostrar nuestra argumentación bastará plantear algunos problemas prácticos. Cuando el Art. 417 del C. Penal declara injurias graves a las que "fueren tenidas en el concepto público por afrentosas", ¿se referirá al concepto público del momento en que se juzga, o al concepto público de 1874? Cuando el Art. 373 del C. Penal se refiere a los hechos "de grave escándalo o trascendencia", ¿se referirá a los que son hoy escandalosos o a los que lo eran en el año 1874? Las respuestas parecen obvias.

Pero muy a menudo, por la vía de la interpretación "progresiva" lo que realmente se persigue es suplementar o reformar la ley, o sea, transformar al juez en creador de derecho. Esto es inaceptable entre nosotros. Por eso dice acertadamente SOLER que, contra lo que piensa MEZGER, el proceso de interpretación no consiste en "adecuar la ley a la realidad", sino en determinar cuál es el verdadero sentido del orden jurídico frente a la situación actual,[1] lo que ciertamente es muy distinto.

LA ANALOGIA

Analogía, dice MAGGIORE, "es la aplicación de un principio jurídico que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho no regulado, pero jurídicamente semejante al primero".[2] Supone, en consecuencia, el reconocimiento de que la ley no ha contemplado determinado caso, y la semejanza substancial entre ese caso y los que están regulados. La analogía como método interpretativo es admisible supletoriamente en materia civil, dentro del elemento ético-social. Ante la evidente realidad de las lagunas del derecho en materias civiles, y enfrentado el juez con la obligación de fallar el caso aunque no haya ley, puede no sólo interpretar la ley de conformidad con el espíritu general de la legislación y la equidad natural, sino también, cuando no hay ley, fallar derechamente en conformidad a la equidad natural, según se desprende del Art. 170 N° 5 del C. de Procedimiento Civil. Doctrinariamente, se distingue entre la **analogía legis** y la **analogía juris**. En el primer caso, el asunto se resuelve de conformidad con la regla establecida por una ley para un caso semejante; en el segundo, según un principio extraído del "espíritu general de la legislación" o de la "equidad natural".

Como puede observarse, la analogía presenta una diferencia esencial con la interpretación extensiva de la ley. En esta última, nuestra

[1] SOLER, *op. cit.*, I, p. 158.
[2] MAGGIORE, *op. cit.*, I, p. 176.

conclusión es la de que un caso determinado realmente **está comprendido** en la ley, pese a las deficiencias del lenguaje. En la analogía, en cambio, admitimos que el caso **no está comprendido** en la ley, pero se la aplicamos, porque existen razones semejantes o el caso es muy similar a los que están incluidos en ella.

Del mismo modo, se diferencia la analogía de lo que algunos llaman **interpretación analógica**, y que en realidad no es sino el método analógico de razonar, que es lícito dentro del funcionamiento de los elementos sistemático y teleológico. A veces la ley, por disposición expresa, enumera determinados casos, y luego afirma que también deben aplicarse sus disposiciones "a otros casos análogos", "a situaciones semejantes", u otras expresiones de este género. En tales eventos, el razonamiento analógico no sólo es lícito, sino obligatorio. Ante una situación no enumerada en la ley, será preciso compararla con las previstas en ella para determinar si es o no es similar, y por ende, si está o no comprendida en la ley. Pero siempre se trata de interpretar la ley según su genuino sentido.

En materia penal, el Art. 19 N° 3° inciso 8° de la Constitución Política impide la aplicación de la analogía. Como la condenas penales sólo pueden fundamentarse en la ley, será preciso que exista una ley y que su interpretación según las reglas legales nos muestre que comprende determinado caso, para que se pueda pronunciar una condena. Esto es, el espíritu general de la legislación y la equidad natural pueden servirnos sólo como elementos supletorios de interpretación de la ley, según el Art. 24 del C. Civil, pero no como fundamentación directa de una sentencia condenatoria en materia penal. Cuando no exista ley, no se podrá condenar. Y lo mismo sucederá cuando exista ley, pero no sea aplicable al caso de que se trata. La analogía, en materia penal, es la creación por el juez de una figura delictiva nueva, sin ley preexistente a la infracción, con lo cual la decisión judicial pasa a ser fuente de derecho penal, en contravención al principio de la reserva. Esto es bastante claro en nuestra ley.

Se plantea, sin embargo, un problema interesante. El principio de la reserva, tal como está formulado entre nosotros, prohíbe condenar a una persona si no es en virtud de una ley previa. Y no cabe duda de que su lenguaje corresponde a su recto sentido, ya que está concebido como una garantía constitucional, como una protección de los derechos individuales contra la posible arbitrariedad judicial o política. Ahora bien, ¿se podrá **absolver** a una persona, o disminuirle la pena, por analogía? Si tal cosa se hiciera, no se violaría ni el texto del Art. 11 de la C. Política, que sólo prohíbe **condenar**, ni su espíritu, que es el de proteger los derechos individuales. Esto es lo que se llama la analogía **in bo-**

nam partem, defendida por autores tan ilustres como CARRARA, BINDING, LISZT-SCHMIDT, SOLER, etc. Entre nosotros, LABATUT se pronuncia contra la analogía, en términos generales, aunque su rechazo aparece más bien fundamentado en consideraciones doctrinales que legales.[1] NOVOA declara no ser enteramente contrario, en principio, a la admisibilidad de la analogía favorable, pero en el análisis pormenorizado que a continuación hace concluye prácticamente negándole toda aplicación.[2] También es partidario de la aceptación entre nosotros de la analogía **in bonam partem**, CURY.[3] No obstante, los apoyos que invoca dentro de la ley chilena corresponden a disposiciones expresamente contempladas en la ley. La jurisprudencia nacional no parece haber recogido este punto de vista. COUSIÑO[4] no trata de la analogía a propósito de la interpretación de la ley penal, sino de las fuentes de la misma y traza la diferencia entre la analogía **in bonam** e **in malam partem**, sin que haya un pronunciamiento categórico acerca de la admisibilidad de la primera en el derecho chileno. Nos parece interpretar su pensamiento al entender que rechaza toda analogía, aun admitiendo que la primera no lesiona el sentido de garantía que tiene el principio de la reserva.

La verdad es que la analogía, tanto en lo favorable como en lo desfavorable, es incompatible con la naturaleza misma de la ley penal, al menos en un sistema fundamentado en el principio de la reserva. No existen hechos ante los cuales la ley penal nada nos diga. Frente a cada acción del hombre, el derecho penal tiene un pronunciamiento: debe ser castigado, en tal o cual medida, o no debe ser castigado. No hay zonas intermedias o neutras. Por lo tanto, si frente a un hecho la ley penal nos dice que debe ser castigado, el intérprete debe ir **contra** la ley para afirmar lo contrario. En consecuencia, el juez que "por analogía" absuelva a un individuo o le conceda atenuantes que la ley no ha establecido, no violará el principio constitucional, pero sí violará la ley. No es superfluo recordar a este respecto que el Código Español de 1848 admitía **por texto expreso** la analogía en materia de atenuantes, lo que fue eliminado por la Comisión Redactora de nuestro código.

Históricamente, la prohibición de interpretar por analogía la ley penal aparece muy ligada al pensamiento humanista, y en materia política, a la aparición de las democracias liberales. No conoció esta regla el derecho romano, y en un ordenamiento jurídico mucho más próximo a

[1] LABATUT, GUSTAVO, *Derecho Penal,* I, Ed. Jurídica de Chile, 1958, p. 86.
[2] NOVOA, *op. cit.,* p. 150.
[3] CURY, *op. cit.,* tomo I, págs. 162 *in fine* y ss.
[4] COUSIÑO, *op. cit.,* tomo I, págs. 89 y ss.

nosotros, como la Carolina, todavía encontramos una regla expresa según la cual, al presentarse una situación no contemplada en ella, pero digna de pena, los jueces deberían pedir previamente consejo (a los juristas) y castigar del modo más conforme al espíritu de la Carolina y de las demás leyes imperiales.

No debe pensarse, sin embargo, que los textos legales que prohíben o permiten la analogía van necesariamente ligados a regímenes políticos liberales o autoritarios, respectivamente. Países de tradición y práctica liberales, como los anglosajones, nunca han establecido explícitamente el principio, y de acuerdo con la naturaleza del **common law** que los rige, el juez debe sancionar los actos de los ciudadanos de acuerdo con normas que simplemente "están allí", en el ambiente jurídico de la comunidad, de donde el juez las toma para aplicarlas a los casos concretos. Sin embargo, en la práctica los muchos siglos de tradición jurisprudencial han creado numerosos precedentes obligatorios para los tribunales, que se refieren a la mayor parte de las infracciones comúnmente estimadas como delitos. Y en cuanto a las nuevas formas delictivas, por lo general ellas han sido reglamentadas mediante leyes escritas **(statutes** o **acts)**, que atan al juez igual que entre nosotros. Por otra parte, una nación en la cual el respeto de los derechos de la persona ha sido tradicionalmente asegurado, como es Dinamarca, admite el principio de la analogía en el Art. 2° de su Código Penal, que data de 1930, donde se establece que "sólo cae bajo la ley el acto cuyo carácter punible esté previsto por la legislación danesa, o una acción enteramente asimilable a dicho acto". Por otra parte, en regímenes políticos autoritarios encontramos a veces mantenido el principio: tal es el caso del régimen fascista italiano, que no derogó nunca el principio de la reserva. No basta, en consecuencia, con un buen texto legal o constitucional para defender las libertades públicas. Concordamos con quien expresó el pensamiento de que la conciencia alerta de la comunidad es mejor defensa de las mismas que el tenor de la ley escrita.

Pero no puede desconocerse que la existencia de textos legales y constitucionales que prohíban la analogía puede representar un obstáculo, aunque sea ideológico, a las pretensiones de un poder político autoritario. Tales regímenes consideran al derecho, y especialmente al derecho penal, como un instrumento al servicio de los objetivos perseguidos por el régimen. Los más importantes han procurado dar paso a la analogía para evitar la impunidad de conductas que se estiman social o políticamente dañosas, y que no están expresamente previstas.

Así, el Art. 16 del Código Penal Soviético de 1927 dispuso:

"Si un acto socialmente peligroso no estuviere especialmente previsto en este Código, el fundamento y los límites de la responsabilidad

en que por él se incurriere, se determinarán conforme a los artículos del Código que prevean delitos que más se aproximen a aquél por su naturaleza".

Por lo menos en el texto legal, en consecuencia, el juez no podrá crear delitos según su fantasía, sino que deberá hacer una referencia expresa a la disposición legal a la cual crea asimilable el delito nuevo. Además, a diferencia de la analogía nacionalsocialista, en el derecho soviético, cuando un hecho está ya previsto en la ley, no se puede aplicar la analogía, aunque la pena parezca insuficiente. La analogía se concibe entonces como una etapa intermedia, ya que el principio individualista no se abandona del todo, al obligarse al juez a asimilar los hechos nuevos a otros semejantes ya sancionados. La tendencia hacia la desaparición completa del principio se manifiesta en su más alto grado en el Proyecto de Código Penal de KRYLENKO, aparecido en 1930, que consta sólo de una parte general, sin enumerar los delitos en particular. Sólo se señalan en él los principios técnicos y criterios de acuerdo con los cuales los jueces deben proceder para calificar ciertos actos como delitos. Sin embargo, el Proyecto no llegó a ser ley, al caer su autor en desgracia. De todos modos, la existencia de tipos extraordinariamente amplios en el derecho penal soviético debilitó grandemente el principio de la legalidad.

El régimen político nacionalsocialista en Alemania, en espera de la aprobación de un nuevo Código Penal, dictó diversas leyes de reforma del Código Penal del Reich de 1871, la más importante de las cuales es la de 28 de junio de 1935, que, modificando la redacción del párrafo 2 de dicho Código, dejó su texto así:

"Será castigado quien cometiere una acción que la ley declare punible, o que merezca pena según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo alemán. Si para el hecho no encontrare inmediata aplicación ninguna ley penal determinada, tal hecho será castigado según aquella ley cuyo concepto fundamental esté más próximo al hecho".

Esta reforma se fundamenta en el principio de que la ley escrita es imperfecta, y que corresponde al juez adecuarla a la realidad social y a los objetivos nacionales, para lo cual puede acudir a la analogía y aun a una fuente extrajurídica: el "sano sentimiento del pueblo", cuya mejor manifestación se encontraba en la expresión de la voluntad del Führer.

El Consejo Aliado de Control abolió en 1946 dicho párrafo. La nueva Constitución Política de la República Federal Alemana y las leyes de reforma de 1953 y de 1969 volvieron al principio de la legalidad. El texto en vigencia desde 1975 dice:

"1. **No hay pena sin ley.** Sólo podrá ser castigado el hecho cuya punibilidad estuviere legalmente determinada antes de su comisión".

Capítulo IV

APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

Es un principio general que la ley penal es esencialmente territorial, esto es, que rige solamente los delitos cometidos en el territorio del Estado que la dicta. Sin embargo, la Constitución Política y las leyes mismas contienen reglas que modifican el principio general, de tal modo que la verdadera delimitación del ámbito espacial de validez de la ley penal se obtiene mediante la consideración conjunta de todas esas disposiciones legales. Debe advertirse, sin embargo, que a diferencia de lo que ocurre en derecho internacional privado, nunca un Estado aplicará directamente, por intermedio de sus tribunales, un derecho penal extranjero. La extraterritorialidad de la ley penal es sólo sustantiva; nunca adjetiva o jurisdiccional.

Aparte del principio de la **territorialidad**, que es el más importante, también tienen consagración legislativa otros principios: el **real o de defensa**, el de la **personalidad** y el de la **universalidad**.

PRINCIPIO DE LA TERRITORIALIDAD

De acuerdo con este principio fundamental, la ley penal chilena rige en el territorio de Chile, y en el territorio de Chile no rige sino la ley penal chilena. El Art. 5° del Código Penal establece una regla similar a la del Art. 14 del C. Civil, al disponer:

"La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código".

El concepto de territorio, como hace notar SOLER,[1] es jurídico y no físico y abarca:

[1] SOLER, *op. cit.*, I, p. 166.

a) La superficie terrestre comprendida dentro de los límites naturales y convencionales del país, incluyendo ríos y lagos, y las islas sobre las cuales se ejerce la soberanía nacional. Esto comprendería el territorio metropolitano propiamente tal, limitado por las fronteras convencionales con Perú, Bolivia y Argentina, y los límites naturales representados por el océano Pacífico y la unión del Pacífico y el Atlántico; el territorio antártico chileno, dentro de los límites que le fijó el decreto 1.747, de 6 de noviembre de 1940; las islas dentro del territorio continental y aquellas de ultramar sobre las cuales Chile ejerce soberanía, como las del archipiélago de Juan Fernández, la de Pascua o Rapa-Nui y otras menores.

b) El mar territorial o adyacente. Nada dice sobre el particular la Constitución Política. El Código Civil contiene una definición de "mar territorial o adyacente", para sus propios efectos, en el Art. 593:

"El mar adyacente, hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base, es mar territorial y de dominio nacional. Pero, para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, el Estado ejerce jurisdicción sobre un espacio marítimo denominado zona contigua, que se extiende hasta la distancia de veinticuatro millas marinas, medidas de la misma manera.

"Las aguas situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, forman parte de las aguas interiores del Estado".

En consecuencia, para el Código Civil son sinónimos los términos "mar territorial" y "mar adyacente", que comprenden la extensión marítima desde las líneas de base hasta doce millas marinas mar adentro (una milla marina equivale a 1.852 metros). Este mar territorial o adyacente es de "dominio nacional", entendida esta expresión en el sentido de "dominio eminente" (el inherente a la soberanía) y en él se aplica plenamente la soberanía nacional, incluso para los efectos de la jurisdicción de los tribunales y la aplicabilidad de la ley penal. De acuerdo con este principio, el Art. 5° del C. Penal dispone:

"Art. 5°. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código".

El espacio marítimo siguiente se denomina "zona contigua" y se extiende hasta veinticuatro millas marinas medidas de la misma manera, esto es, comprende las doce millas que siguen inmediatamente al mar territorial. Sin embargo, la ley restringe aquí el ejercicio de la soberanía a lo relativo a ciertas materias (prevención y sanción de las infracciones de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios). No impera de un modo general y absoluto la ley penal chilena ni la jurisdicción de sus tribunales, salvo en lo que se refiere a delitos que caigan dentro del ámbito de las materias indicadas.

En fin, el Art. 596 del C. Civil dispone:

"El mar adyacente que se extiende hasta las doscientas millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, y más allá de este último, se denomina zona económica exclusiva. En ella el Estado ejerce derechos de soberanía para explorar, explotar, conservar y administrar los recursos naturales vivos y no vivos de las aguas suprayacentes al lecho, del lecho y el subsuelo del mar, y para desarrollar cualesquiera otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de esa zona.

"El Estado ejerce derechos de soberanía exclusivos sobre la plataforma continental para los fines de la conservación, exploración y explotación de sus recursos naturales.

"Además, al Estado le corresponde toda otra jurisdicción y derechos previstos en el Derecho Internacional respecto de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental".

Este texto amplía la significación de la expresión "mar adyacente" para comprender dentro de éste la extensión señalada en el texto transcrito. Sin embargo, el ejercicio de la soberanía en esta zona aparece aún más restringido que en relación con la "zona contigua", lo que se desprende de su propia denominación: "zona económica exclusiva". Se trata, en síntesis, del derecho exclusivo para realizar todas las actividades destinadas a la exploración y explotación de los recursos naturales del mar mismo, su lecho y subsuelo y la plataforma continental. No se afirma la jurisdicción de los tribunales chilenos ni el imperio de la ley chilena en tan vasta zona para los efectos penales.

En suma, la vigencia de la ley penal chilena se extiende al mar adyacente, que es a la vez territorial, y excepcionalmente, a la llamada "zona contigua", en los aspectos ya señalados.

c) El espacio aéreo por sobre el territorio terrestre y marítimo. De acuerdo con el Art. 1° del Código Aeronáutico, "el Estado de Chile tiene la soberanía exclusiva del espacio aéreo sobre su territorio". El cuerpo legal anteriormente en vigencia atribuía a Chile soberanía "plena y exclusiva" sobre "el espacio atmosférico existente sobre el territorio y sus aguas jurisdiccionales". Existe una diferencia textual, pero en el fondo no conceptual, entre ambos cuerpos legales. En efecto, el anterior hablaba de "espacio **atmosférico**", en tanto que el actual se refiere a "espacio **aéreo**". Pero el término "atmósfera" designa, precisamente, la capa de aire que rodea la Tierra, y dado que el adjetivo "aéreo" significa perteneciente o relativo al aire, la expresión "espacio atmosférico" viene a resultar sinónima de "espacio aéreo".

La delimitación vertical del espacio aéreo territorial está dada por la superficie engendrada por el desplazamiento, a lo largo de las fronteras

terrestres y marítimas nacionales, de una línea recta que parte del centro de la tierra, toca en cualquier punto la frontera nacional y se prolonga en el espacio hasta el límite superior de la atmósfera.

En cuanto al concepto de "atmósfera", se comprende que tratándose de una mezcla de gases, su enrarecimiento es paulatino y no puede pensarse en una delimitación nítida. De acuerdo con los textos científicos que hemos podido consultar, la troposfera y la estratosfera, las dos capas más próximas a la tierra, llegan a una altura que se estima entre 50 y 60 kilómetros. Más allá se encuentra la ionosfera, separada de la estratosfera por una capa de ozono. En la ionosfera el aire es ionizado por la luz ultravioleta del sol. Su altura sobre la superficie terrestre se estima aproximadamente en 350 kilómetros. Más allá de la ionosfera ya no hay gases y se habla simplemente del espacio, no del espacio aéreo. Para los efectos prácticos, la reclamación de soberanía en lo penal tiene importancia hasta la altura susceptible de ser surcada por aeronaves.

Más allá de los límites señalados, las aeronaves, que necesitan aire para su sustentación, no pueden volar, y los objetos que allí se encuentran son satélites o naves espaciales, que tienen otras características.

El Art. 6° del Código Aeronáutico dispone:

"En lo no previsto en este Código ni en los convenios o tratados internacionales aprobados por Chile, se aplicarán las normas del derecho común chileno, los usos y costumbres de la actividad aeronáutica y los principios generales de derecho".

El documento internacional más importante en este terreno es el Tratado sobre los Principios que Rigen las Actividades de los Estados en la Exploración y Uso del Espacio Exterior, Incluyendo la Luna y otros Cuerpos Celestes", que entró en vigencia en 1967 y ha sido suscrito y ratificado por la gran mayoría de los Estados independientes. El Art. 2 del tratado señala que "el espacio exterior, incluyendo la luna y otros cuerpos celestes, no está sujeto a apropiación nacional a través de una proclamación de soberanía, ni por medio del uso o la ocupación, ni de ninguna otra manera", y permite la libre exploración de los mismos para fines exclusivamente científicos y pacíficos; sienta el principio de cooperación y asistencia mutua y hace a los Estados u otras organizaciones responsables internacionalmente por las infracciones en que incurran.

d) El subsuelo existente bajo el territorio terrestre y marítimo. La limitación de la porción subcortical del globo terrestre que pertenece al territorio chileno, está igualmente dada por la superficie engendrada por una línea recta que parte del centro de la Tierra y se prolonga hasta la frontera chilena, desplazándose a lo largo de ésta.

e) Las naves y aeronaves. Respecto de las naves, cuando están en aguas territoriales chilenas o surtas en puertos del litoral chileno, se encuentran propiamente en territorio nacional, y los delitos que puedan cometerse a bordo de ellas quedan sometidos a la ley penal chilena y a la jurisdicción de sus tribunales. La excepción a este principio estaría dada por las naves de guerra de otra potencia que se encontraran en aguas territoriales o puertos chilenos, dado que el Art. 6° N° 4° del Código Orgánico de Tribunales establece idéntica excepción, dando primacía a la ley y los tribunales chilenos, cuando se trata de delitos cometidos a bordo de un buque chileno de guerra surto en aguas de otra potencia.

En cuanto a las naves que no se encuentran en el mar territorial (salvo en la "zona contigua" si se trata de delitos relativos a las materias que menciona el Art. 593 del Código Civil), el mismo Art. 6°, N° 4°, del C. Orgánico de Tribunales señala que si la nave es chilena (sin distinguir si de guerra o mercante, pública o privada) y ella se encuentra en alta mar, rigen igualmente la jurisdicción y las leyes chilenas. Pero si se encuentran "en aguas de otra potencia", se aplica preferentemente la legislación de esta última, salvo si se trata de naves de guerra chilenas, caso en el cual siguen sometidas a la ley y jurisdicción chilenas.

Debe tenerse en cuenta, además, que el Art. 1° del C. de Procedimiento Penal sienta en términos generales el principio territorial, pero deja a salvo los casos exceptuados por leyes especiales, tratados o convenciones internacionales en que Chile es parte o por las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional.

La Ley de Navegación (Decreto Ley 2.222), Art. 3°, dispone que las naves y artefactos navales chilenos quedan sometidos a la ley chilena aunque se encuentren fuera de las aguas sometidas a la jurisdicción nacional. Si se hallan en aguas sometidas a otra jurisdicción, prevalecen las leyes del Estado en que se encuentran, pero en este último caso, si se produjeren infracciones a la ley chilena, los tribunales chilenos podrán hacer efectivas las responsabilidades "penales" por esas infracciones cuando pudieren quedar sin sanción. Es interesante hacer notar que, a diferencia del Código Aeronáutico, a cuyas disposiciones nos referimos más adelante, la circunstancia que justifica la intervención subsidiaria de los tribunales chilenos es la de que las infracciones legales "pudieren quedar sin sanción"; esto es, no bastaría un enjuiciamiento en el Estado del lugar de comisión, puesto que si terminare en absolución, la infracción "quedaría sin sanción". En cambio, en el Código Aeronáutico, según más adelante se explica, basta con el juzgamiento, sea cual hubiere sido su resultado, para excluir la intervención de los tribunales chilenos.

Por lo que toca a las aeronaves, el Art. 2° del Código Aeronáutico establece las siguientes reglas:

"a) Las aeronaves, chilenas o extranjeras, que se encuentren en el territorio o espacio aéreo chileno, están sometidas a las leyes y tribunales chilenos;

"b) Las aeronaves militares chilenas, en cualquier lugar que se encontraren, estarán siempre sometidas a las leyes y tribunales chilenos".

Y el Art. 4° agrega:

"Las aeronaves militares extranjeras autorizadas para volar en el espacio aéreo chileno, gozarán, mientras se encuentren en Chile, de los privilegios reconocidos por el derecho internacional".

Conforme al Art. 5°, la aeronaves civiles y de Estado chilenas, mientras se desplacen en el espacio aéreo no sujeto a la soberanía de ningún Estado, están sometidas a las leyes chilenas.

Las aeronaves civiles y de Estado chilenas, aunque se encuentren en el espacio aéreo de otra potencia, quedan también sujetas a la jurisdicción y leyes chilenas respecto de los delitos cometidos a bordo de ellas que no hubieren sido juzgados en otro país. Obsérvese que en este caso se reconoce el mejor derecho de la soberanía territorial para juzgar los delitos; la jurisdicción chilena sólo resulta aplicable si no ha habido juzgamiento en el Estado extranjero. No se exige que tal juzgamiento, si ha existido, haya terminado en una sentencia condenatoria; si ha terminado en sentencia absolutoria, tampoco puede aplicarse la ley chilena.

Finalmente, la misma disposición previene que las leyes penales chilenas son aplicables a los delitos cometidos a bordo de aeronaves extranjeras que sobrevuelen territorios no sometidos a la jurisdicción chilena, siempre que la aeronave aterrice en territorio chileno, y que tales delitos "afecten el interés nacional", expresión esta última que no recibe mayor precisión.

De acuerdo con los Arts. 300 y 301 del Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, quedan exentos de la aplicación de las leyes territoriales y de la jurisdicción de tales tribunales, los delitos que se cometen en aguas territoriales o en el aire nacional, a bordo de naves o aeronaves extranjeras de guerra. Y lo propio sucede respecto de los delitos cometidos en naves o aeronaves mercantes extranjeras en agua o aire territoriales, si los delitos "no tienen relación alguna con el país y sus habitantes, ni perturban su tranquilidad". Debe recordarse, sin embargo, que en virtud de la reserva con que Chile aprobó dicho código, las disposiciones de la legislación actual o futura de Chile prevalecen por sobre las del Código Bustamante cuando entre unas y otras hubiere oposición. Las leyes nacionales que hemos señalado precedentemente, tratándose de naves o aeronaves extranjeras en aguas o aire territoriales, sólo parecen admitir la excepción de las extranjeras que

tengan el carácter de militares, y en cuanto al "interés nacional" eventualmente afectado por los delitos, lo toman en cuenta únicamente si se trata de delitos cometidos a bordo de aeronaves cuando éstas sobrevuelan un espacio no sometido a la jurisdicción chilena y posteriormente aterrizan en Chile.

f) El territorio ocupado por fuerzas armadas chilenas. En doctrina, es territorio nacional ficticio. La ocupación puede producirse durante una guerra, o a consecuencia de ésta. El Art. 3° N° 1 del Código de Justicia Militar da jurisdicción a los tribunales militares chilenos para conocer de los delitos (sin distinguir entre comunes y militares) que acontezcan dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas. Sin embargo, debe notarse que también considera a dichos delitos cometidos "fuera del territorio nacional", con lo cual ésta sería asimismo, en la ley chilena, una excepción al principio de la territorialidad, y no una aplicación del mismo. Como los tribunales chilenos aplican sólo la ley penal chilena, debe entenderse que en el territorio ocupado por las armas chilenas rige igualmente la ley penal chilena, que será aplicada por los tribunales del Código de Justicia Militar.

El recinto de las representaciones diplomáticas chilenas en el extranjero no es ya considerado territorio chileno para los efectos jurídico-penales. Recíprocamente, son territorio chileno para tales efectos los locales ocupados en Chile por las representaciones diplomáticas extranjeras. La ficción de territorialidad ha sido reemplazada por la noción de inmunidad personal, basada en la función diplomática, y de ella se tratará más adelante. En cuanto a la institución del asilo político, no se fundamenta tampoco en la ficción de territorialidad, sino en acuerdos y prácticas políticas internacionales. Tanto es así, que tratándose de delitos comunes no es necesario pedir la extradición del delincuente que se haya refugiado en una embajada extranjera, lo que sería indispensable si ésta constituyera jurídicamente territorio del respectivo país.

PRINCIPIO REAL O DE DEFENSA

El principio de la territorialidad encuentra su fundamento en la circunstancia de que el orden jurídico de un Estado generalmente no se ve afectado por sucesos que ocurren fuera de su territorio. Excepcionalmente, sin embargo, puede ocurrir que sí lo sea, y en tales casos la ley nacional se atribuye competencia para ser aplicada a dichos delitos. En estas situaciones se habla del principio **real** o **de defensa**. El ejemplo característico es el delito de falsificación de moneda, que cae bajo la ley penal nacional aunque se perpetre en el extranjero, por las obvias

repercusiones que él tiene sobre la economía y el orden jurídico nacionales.

Es este principio el que fundamenta entre nosotros la mayor parte de las excepciones al principio de la territorialidad. Se encuentran ellas establecidas en el Art. 6° N^{os} 1°, 2° y 5° del Código Orgánico de Tribunales, y en el Art. 3° N^{os} 2 y 3 del Código de Justicia Militar. Se refieren estas disposiciones a los delitos cometidos por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones; la malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República; la falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República; delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones de servicio y delitos contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior.

Se admite en estos casos generalmente que es el principio real o de defensa el que entra en juego para someter estos delitos al orden jurídico-penal chileno y a la jurisdicción de sus tribunales. También se inspiran en el principio real o de defensa otras disposiciones legales, como el Art. 106 del C. Penal, que declara punible una de las formas del delito de traición, cometida por chilenos, aun cuando ella hubiere tenido lugar en el extranjero. El Art. 6° N° 3 del C. Orgánico de Tribunales, inspirado en el mismo principio, extiende esta regla a la perpetración de todos los delitos contra la seguridad interior o exterior del Estado, siempre que sean obra de chilenos, naturales o nacionalizados. Se someten también a la jurisdicción de los tribunales chilenos los delitos contemplados en el párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal (delitos contra la salud pública) "cuando ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República". La Ley 19.366, sobre Tráfico de Estupefacientes, dispone que para los efectos del Art. 6° N° 3° del Código Orgánico de Tribunales, los delitos sancionados en dicha ley deben entenderse comprendidos en el párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal. Queda, eso sí, siempre vigente la exigencia, cuando se han perpetrado en el extranjero, de que afecten la salud de los habitantes de la República.

La Ley 12.927, de Seguridad del Estado, en su Art. 4° letra g) sanciona a los chilenos que, en el exterior, divulguen determinadas noticias o informaciones destinadas a alterar la normalidad política y económica del Estado. La Ley 5.478, en su Art. 1°, castiga al chileno que "dentro del país o en el exterior prestare servicios de orden militar a un Estado

extranjero que se encuentre comprometido en una guerra, respecto de la cual Chile se hubiere declarado neutral".

La circunstancia de que en estos casos se limite a los chilenos la calidad de sujeto activo de los delitos no debe inducir a creer que se trate del principio de la personalidad. Siempre es el hecho de que se vea afectado el orden jurídico nacional lo que determina la punibilidad de estas conductas. En el caso del Art. 6° N° 2° del C. Orgánico de Tribunales, v.. gr., el sujeto activo aparece también restringido a los chilenos o a los extranjeros "al servicio de la República", y no hay duda de que es el principio real o de defensa el que entra en juego. Por cierto, en algunas de las infracciones que hemos mencionado se añade también en cierta forma el principio de la personalidad, ya que la circunstancia de ser chileno el autor le añade gravedad a la ofensa, en concepto de la ley nacional, por el especial vínculo que debe unir a los ciudadanos con su patria. Pero en el fondo, es la ofensa al orden jurídico patrio la razón determinante de la extraterritorialidad. Por ejemplo, en el caso de la Ley 5.478, el sujeto activo no podía ser sino un chileno, ya que la circunstancia de que un **extranjero** prestara servicios en una guerra en que Chile es neutral, en nada afectaría a los intereses chilenos. Aquí el daño mismo depende de la nacionalidad del hechor.

Especiales problemas plantea el caso del Art. 6° N° 6° del C. Orgánico de Tribunales, que somete a la jurisdicción de los tribunales chilenos los delitos:

"...cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquió".

No se fundamenta esta regla en el principio de le personalidad, puesto que comienza reconociendo, en primer término, la competencia de la legislación y los tribunales extranjeros para juzgar al chileno (obsérvese que un criterio semejante, de reconocimiento del derecho de juzgamiento preferencial al país de comisión, inspira los Arts. 5° del Código Aeronáutico y 3° de la Ley de Navegación, ya explicados precedentemente). Se inspira más bien en el deseo de proteger a los nacionales. Sin embargo, el propósito de la disposición es un tanto incierto. Existiría la misma razón para sancionar al extranjero que delinquió contra un chileno y que llega a Chile sin haber sido juzgado en el país en que cometió el hecho, pero sin duda no le es aplicable esta regla, que afecta sólo a los chilenos. Es posible, claro está, que en tal caso el Estado extranjero pida la extradición de tal persona, pero si no lo hace, ésta gozará en Chile de una paradójica impunidad.

Para la aplicación de esta regla, es preciso que el hecho haya sido delictivo en el país en que se perpetró, ya que se supone que era posible someterlo a juicio penal, y que lo sea además ante la ley chilena,

pues de lo contrario no se podría juzgar en conformidad a ésta. Hay que recordar que en todo caso los tribunales nacionales deberán juzgar el caso en conformidad a la ley penal chilena, no a la extranjera. En cuanto a la expresión "contra chilenos", se refiere a todos aquellos casos en que un chileno es "víctima" del delito, o sea, cuando el titular del interés ofendido sea chileno. Las calidades de chilenos del hechor y la víctima deben existir al momento de comisión del delito. La del agente, en nuestro concepto, debe subsistir al momento en que es juzgado en Chile.

PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD

Según este principio, la ley penal sigue al nacional en el extranjero, de modo que éste se encuentra sometido a las prescripciones de la misma y a la jurisdicción de sus tribunales patrios, dondequiera se encuentre. Se acostumbra distinguir entre el principio de la personalidad **activa**, que impone esta regla en forma absoluta, y el de la personalidad **pasiva**, que exige, para someter al ciudadano a su ley nacional, que la víctima o el bien jurídico ofendido sean también de la misma nacionalidad.

No existe ningún precepto en la ley chilena que se fundamente en forma exclusiva en este principio, que por lo demás va cayendo en desuso. Parcialmente, se toma en cuenta el principio de la personalidad en ciertas reglas fundamentadas en el principio real o de defensa, tratadas en el párrafo precedente.

Solamente recibe amplia aplicación este principio cuando entra a regir lo dispuesto en el Art. 345 del Código Bustamante, según el cual un Estado no está obligado a entregar a sus nacionales cuando su extradición le sea solicitada por otro Estado. Pero en ese evento, el Estado que deniegue la extradición "estará obligado a juzgarlo" (a su súbdito). Luego, en tal caso, el Estado tendrá que juzgar a su súbdito de acuerdo con su propia ley penal, aunque el delito se haya cometido en el extranjero, teniendo como única base para ello la nacionalidad del delincuente, ya que fue ésta lo que determinó el rechazo de la extradición, y por consiguiente, la aplicación de la ley penal nacional.[1]

PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD

Se fundamenta este principio en la idea de la existencia de una comunidad jurídica internacional y de que el objeto del derecho penal

[1] Véanse pp. 134 y siguientes acerca de la extradición.

es la protección de los derechos humanos, más que de las soberanías estatales. En consecuencia, se afirma, el derecho de cada Estado a juzgar nacería de la sola circunstancia de que el delincuente se encontrara bajo su jurisdicción y no hubiera sido ya juzgado en otra parte.

Responde a este principio el Art. 6° N° 7° del C. Orgánico de Tribunales, que somete a la ley y los tribunales chilenos el delito de **piratería**, aunque se cometa fuera del territorio nacional.[1] El Código Bustamante, Art. 308, sujeta a las leyes penales del Estado captor "...la piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aún en Estados".

Pese a lo general de este lenguaje, como el juicio lo hará el captor en conformidad a sus leyes penales, no será posible sancionar tales actos si no constituyen delitos de acuerdo con dichas leyes. Así, en Chile, el comercio de esclavos no es delito específico, y no es punible a menos que se concrete en algún otro delito (contra la libertad, contra las personas, etc.).

Por convenciones internacionales, Chile ha hecho aplicable su ley penal a otros delitos de índole internacional, como la trata de blancas (promoción de prostitución) y el tráfico de estupefacientes.[2]

LA LEY PENAL Y LAS SENTENCIAS PENALES EXTRANJERAS

La ley penal extranjera nunca puede ser directamente aplicada por los tribunales nacionales. Pero en ciertas situaciones éstos deberán tomar conocimiento, y en alguna medida determinar sus decisiones por las disposiciones de la ley extranjera. Tal cosa ocurre en materia de extra-

[1] Véase Parte Especial sobre el delito de piratería.

[2] Convención Internacional de París sobre Trata de Blancas (1910), ratificada y en vigencia en Chile por Decreto Supremo 660, de 7 de junio de 1935; Convención Internacional de Ginebra sobre la misma materia (1933), ratificada y en vigencia en Chile por Decreto Supremo 343, de 3 de abril de 1935; Convención Internacional del Opio, de La Haya (1912), promulgada en Chile en 1923 por la Ley 3.913; Convención Unica sobre Estupefacientes de 1961, ratificada y en vigencia en Chile por Decreto Supremo 35, de 1968, publicado en el Diario Oficial el 16 de mayo de ese último año. La aludida Convención fue modificada en 1976 y reemplazada por la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988, también en vigencia en Chile.

dición, tanto para determinar la punibilidad del hecho en la ley extranjera como su posible prescripción.[1] Igual cosa ocurre en relación con el Art. 6° N° 6° del C. Orgánico de Tribunales.

En cuanto a las sentencias penales extranjeras, nunca pueden ellas ser ejecutadas en Chile. Es un principio ampliamente admitido, y que encuentra formulación positiva en el Art. 436 del C. Bustamante:

"Ningún Estado contratante ejecutará las sentencias dictadas en uno de los otros en materia penal, en cuanto a las sanciones de ese orden que impongan".

La referencia a las "sanciones de ese orden" aparece explicada en el Art. 437, que admite la ejecución de dichas sentencias por lo que toca a sus efectos sobre la responsabilidad civil.

Sin embargo, se acepta el reconocimiento de sentencias penales extranjeras que no requieren de cumplimiento. Nuestra jurisprudencia ha admitido el efecto de cosa juzgada de sentencias penales pronunciadas en el extranjero, aunque siempre de carácter absolutorio. El Art. 310 del C. Bustamante dispone expresamente que las condenas pronunciadas por tribunales extranjeros se tomen en consideración para los efectos de la reincidencia, a menos que la ley local se oponga, lo que entre nosotros no ocurre. Del mismo modo, la aplicación de la regla del Art. 6° N° 6° del C. Orgánico de Tribunales se hace imposible cuando el culpable ya ha sido juzgado en el país en que cometió el delito, y ello aunque el juicio haya terminado en absolución. Lo mismo ocurre en el caso del Art. 5° del Código Aeronáutico; el Art. 3° de la Ley de Navegación parece exigir una sentencia extranjera **condenatoria** para excluir la jurisdicción chilena y reconocer la sentencia extranjera.

Para determinar si existe reincidencia o habitualidad criminal respecto de los delitos contemplados en el párrafo 14 del Título VI del Libro II del C. Penal, se tendrán en cuenta las sentencias firmes dictadas en un Estado extranjero, salvo en cuanto hubieren sido dictadas en violación de la jurisdicción de los tribunales nacionales (Art. 8° de la Ley 17.155). La Ley 19.366, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes (Art. 35) dispone que para determinar si existe reincidencia respecto de los delitos castigados por dicha ley, se tendrán también en cuenta las sentencias firmes dictadas en un Estado extranjero, aun cuando la pena impuesta no haya sido cumplida.

[1] Véase Cuarta Parte, Cap. VII, sobre prescripción.

DERECHO Y JUSTICIA PENAL INTERNACIONALES

La expresión "derecho penal internacional" es equívoca. Para algunos, serviría para designar un conjunto de normas jurídicas que regirían situaciones propias del derecho internacional público, esto es, que afectaran las relaciones de los Estados como tales. Se habla así de los "delitos internacionales", como podría ser la guerra de agresión. Este concepto ha tenido defensores desde antiguo, como GROCIO. Modernamente, PELLA y DONNEDIEU DE VABRES lo propugnan.

Otros denominan "derecho penal internacional" a las normas de derecho interno que determinan el ámbito de validez de la ley penal en el espacio, esto es, lo que se ha venido analizando en los párrafos precedentes. Por fin, otro grupo de autores considera "derecho penal internacional" a aquellas normas en las cuales se ha alcanzado uniformidad legislativa entre los distintos Estados. Aspiración de esta tendencia es que los conflictos de competencia entre los diversos Estados sean resueltos por un tribunal internacional, y que se vaya a la unificación de todos los derechos penales internos, al menos en el tratamiento dispensado a los delitos que ofenden en el más alto grado la conciencia jurídica y moral de los hombres.

La necesidad de sancionar ciertos actos y de crear tribunales para juzgarlos, en el terreno internacional, se ha hecho sentir por lo general en relación con las guerras. Como el antecedente histórico más interesante puede citarse una disposición del tratado de paz de 1902, por el cual se puso término a la guerra anglo-bóer, y que contenía cláusulas por las cuales cortes marciales inglesas juzgarían ciertos actos contrarios a los usos de la guerra cometidos por bóers. Después de la Primera Guerra Mundial el Tratado de Versalles dispuso el enjuiciamiento del emperador de Alemania, GUILLERMO II, por un tribunal especial internacional. Además (Arts. 228 a 230), Alemania reconocía el derecho de los aliados para juzgar a personas acusadas de crímenes contra los usos y costumbres de la guerra, ante tribunales militares especiales, nacionales o internacionales, y se comprometía a entregar a los inculpados para que fueran sometidos a juicio. No se contemplaban los crímenes contra la paz o contra la humanidad. El juicio del ex Kaiser nunca se llevó a efecto, por haberse negado Holanda a conceder su extradición. En cuanto a los demás juicios, los aliados consintieron en que se celebraran teniendo como tribunal a la Corte Suprema alemana, de Leipzig. La gran mayoría de los acusados fue absuelta, y los restantes, condenados a penas de poca monta, que por lo general ni siquiera se llevaron a cabo.

El 13 de enero de 1942, la Declaración de Saint James durante la Segunda Guerra Mundial afirmó, con la firma de nueve gobiernos en

exilio, expulsados por las armas alemanas, que el castigo de los crímenes de guerra era uno de los objetivos de la lucha. Hubo también durante el curso de la guerra otras declaraciones de la misma naturaleza, entre las cuales las más importantes fueron la Declaración de Moscú, de 1° de noviembre de 1943, formulada por la Unión Soviética, los Estados Unidos y Gran Bretaña, según la cual los soldados alemanes y los miembros del partido nazi responsables por atrocidades, masacres y ejecuciones en zonas ocupadas serían enviados a los territorios en que las hubieran cometido, para ser allí juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de los países liberados y bajo los gobiernos libres que allí imperaran, en tanto que los "grandes criminales" cuyos crímenes no tuvieran una localización territorial determinada, serían castigados según lo establecieran conjuntamente los gobiernos declarantes; y la Declaración de Potsdam, de 26 de julio de 1945, formulada por los Estados Unidos, Gran Bretaña y China, a la que posteriormente adhirió la Unión Soviética, que formuló igual propósito con respecto a los criminales de guerra japoneses, especialmente los responsables de tratamientos crueles a los prisioneros de guerra.

El enjuiciamiento de los "grandes criminales" nazis fue determinado por el Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, entre la Unión Soviética, los Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia. A este acuerdo adhirieron posteriormente otros diecinueve gobiernos. Se estableció un tribunal, compuesto por cuatro miembros titulares y cuatro suplentes, designados por cada una de las potencias signatarias. Los delitos que se juzgarían se dividieron en tres categorías: 1) Crímenes contra la paz: planear o desencadenar una guerra de agresión o con violación de los tratados y acuerdos internacionales; 2) Crímenes de guerra: violación de las leyes y costumbres de la guerra, especialmente en cuanto al asesinato, torturas o malos tratos a los prisioneros, rehenes o poblaciones civiles; saqueos o devastaciones no justificadas por las necesidades militares; 3) Crímenes contra la humanidad: especialmente la muerte, exterminio, deportación y otras persecuciones graves por motivos políticos, étnicos o religiosos, aun cuando no fueran específicamente delitos ante la ley interna de los países en cuyos territorios se cometieron. El tribunal podría recibir y apreciar libremente las pruebas; aplicar las penas que estimara adecuadas a los delitos, y consideraría culpables a los superiores que hubieran impartido órdenes para la ejecución de los actos señalados. En cuanto a los inferiores, la obediencia debida podría considerarse una atenuante, pero no los eximiría de responsabilidad por la ejecución de esos delitos.

El tribunal funcionó en Nuremberg durante diez meses. De los 23 acusados, uno (LEY) murió antes del juicio y otro (BORMANN) fue juzga-

do en rebeldía. El tribunal condenó a muerte a 12 de ellos (incluyendo a BORMANN), a diversas penas de presidio a 7, y absolvió a 3.

El juicio de los criminales de guerra japoneses fue reglamentado por decreto de 19 de enero de 1946, emitido por el Comandante en Jefe de las Fuerzas Aliadas de ocupación en Japón. El tribunal estuvo compuesto por representantes de once gobiernos, y funcionó en Tokio de 1946 a 1948. Los reos fueron acusados de diversos crímenes contra la paz, asesinatos, crímenes contra la humanidad y crímenes contra la guerra. Veinticinco acusados fueron condenados, de los cuales siete a la pena de muerte.

Aparte de dichos juicios, que fueron los más importantes, se llevaron a cabo en Nuremberg otros doce contra "grandes criminales", por tribunales internacionales. Además, muchísimos otros juicios de crímenes de guerra se sustanciaron por tribunales nacionales de las potencias vencedoras.

Pese a las reiteradas críticas que se han formulado a estos juicios por crímenes de guerra, especialmente porque habrían violado el principio de la reserva, y porque la nacionalidad de los jueces les habría restado imparcialidad, la apreciación jurídica de los juicios por crímenes de guerra no puede ser condenatoria. Mucho antes del desencadenamiento de la Segunda Guerra, las guerras de agresión habían sido declaradas ilícitas por convenciones internacionales, y la libre y deliberada iniciación de tales guerras era considerada un delito individual. La disposición más característica a este respecto se encuentra en el Pacto de París, o Pacto BRIAND-KELLOGG, de 1928. En cuanto a los crímenes contra los usos y costumbres de la guerra, violaban igualmente diversas convenciones, como las de La Haya y de Ginebra. Por fin, los restantes delitos, especialmente los crímenes contra la humanidad, consistían en actos considerados delictivos ante las leyes de todos los países civilizados, cualquiera que sea su calificación típica. En cuanto a la supuesta parcialidad de los jueces, los hechos parecen desmentirla. La sola circunstancia de que en el juicio de Nuremberg entre 23 seleccionados por las potencias vencedoras como los mayores criminales haya habido tres absoluciones, parece mostrar que el tribunal se esforzó por considerar cada caso según sus propios méritos, lo que se refleja también en la variedad de penas impuestas a los demás, en ése y en los otros juicios. En todo caso, la conciencia jurídica de la humanidad habría sido más ofendida por la impunidad de tales hechos que lo que lo fue por su sanción. Y la solución propuesta por algunos, de entregar simplemente a la vindicta pública o a la ira de las masas a los culpables de tales actos, no puede ser aprobada por ningún jurista.

Cualesquiera hayan sido las críticas dirigidas al funcionamiento de los tribunales para juzgar crímenes de guerra después de la Segunda

Guerra Mundial, los principios que les sirvieron de estatuto y los fundamentos de sus sentencias han sido considerados como base del desarrollo del derecho penal internacional.

En 1946 la Asamblea General de la ONU encomendó a su Sexta Comisión (la de Derecho Internacional) una triple tarea: la de poner por escrito en forma detallada y específica los llamados "principios de Nuremberg" (contenidos en el Estatuto del Tribunal y la sentencia del mismo); la de elaborar un proyecto completo de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad y la de redactar un proyecto íntegro de Código de Derecho Penal Internacional. La Comisión cumplió con los dos primeros encargos. No ha concluido el tercero hasta la fecha. Han visto la luz al menos dos proyectos completos de Código de Derecho Penal Internacional, obras de sociedades científicas: el proyecto de 1950, de la International Law Association, y el proyecto de 1979, de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

La tendencia indudable que se observa es la de propender a la codificación explícita del Derecho Penal Internacional y a observar en él el principio de la reserva o legalidad, aunque este último limitado a la tipificación de las conductas, dejando mayor latitud al tribunal en cuanto a la determinación de las penas. Sin embargo, se afirma igualmente la relevancia del derecho internacional como fuente de derecho penal; así, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su Art. 10 párrafo e) el principio de la legalidad:

"Nadie puede ser declarado culpable de actos punibles en razón de los que no constituyesen delitos con arreglo a la ley nacional o **internacional** en el momento en que fueren perpetrados. No puede ser impuesta ninguna penalidad más grave que la que era aplicable en el tiempo de comisión del delito".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 15, dispone:

"1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o **internacional.** Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

"2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos **según los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional**".

De esta manera, puede hablarse hoy con propiedad de una verdadera **ley** internacional como fuente del derecho penal internacional, más

allá del derecho tradicional contractual derivado de los tratados. Si se entiende por **leyes** disposiciones escritas promulgadas por un organismo soberano para sus súbditos, no las hay, y no las habrá mientras no haya tal organismo soberano, pero si se da tal significado a normas obligatorias universalmente en virtud de la conciencia jurídica de la humanidad, y no de las soberanías particulares, ciertamente hay leyes internacionales. Ya VITORIA insistía en la fuerza del Derecho de Gentes como ley efectiva, "no por fuerza de pacto o de convenio entre los hombres, sino con verdadera fuerza de ley".[1]

Más atrasado está el derecho penal internacional en lo relativo a la creación de un órgano jurisdiccional para juzgar y sancionar los delitos internacionales. No han existido tribunales de esta clase desde que cesaron de funcionar los de Nuremberg y Tokio. No tienen competencia específica penal respecto de personas naturales la Corte Internacional de La Haya, la Corte Europea de Derechos Humanos, ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son los tribunales internacionales permanentes de la segunda postguerra. Los actos de genocidio y otros crímenes contra la humanidad llevaron a la ONU a la creación de dos tribunales penales internacionales, uno para juzgar tales actos cometidos en la república africana de Rwanda y otro, a la fecha de esta edición constituido y funcionando en La Haya, los cometidos durante las guerras sobrevenidas con motivo de la secesión de las repúblicas que formaban Yugoslavia. La eficacia práctica de tales tribunales está por verse, pero en todo caso, aunque se trate de tribunales ad hoc y no permanentes, es la primera vez que se crean tribunales penales internacionales que no son formados por los vencedores de una guerra para juzgar actos cometidos por los vencidos. A la fecha de esta edición, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU ha sometido a la consideración del organismo un proyecto completo de creación de un Tribunal Penal Internacional permanente para el enjuiciamiento de los acusados de delitos del mismo carácter.[2]

---

[1] VITORIA, FRANCISCO DE, *Relaciones Teológicas,* ed. española P. Genino, 1934, tomo II, p. 192.

[2] Véase lo dicho supra en el párrafo Fundamentos Internacionales del Derecho Penal.

Las convenciones internacionales más importantes que han sido aprobadas en materia de derecho penal internacional son: el protocolo de Ginebra de 1929, que proscribe el empleo de gases venenosos o asfixiantes; las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, sobre el tratamiento de heridos, prisioneros de guerra y poblaciones civiles durante los conflictos armados, y las convenciones que han declarado delictivos el genocidio, el *apartheid* y la tortura.

LA EXTRADICION

Se llama **extradición** la institución jurídica en virtud de la cual un Estado entrega a otro Estado una persona que se encuentra en el territorio del primero y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de este carácter ya dictada.

La institución de que tratamos presenta aspectos relacionados con varias ramas del derecho: un aspecto sustantivo o penal, un aspecto adjetivo o procesal, y un aspecto conflictivo o de derecho internacional privado. Aquí nos ocuparemos únicamente del aspecto sustantivo o penal.

No tiene utilidad debatir cuál sea el fundamento de la extradición. Actualmente no cabe duda de que es una institución propiamente jurídica, reglamentada en instituciones también jurídicas: leyes internas, tratados internacionales, costumbres jurídicas, etc. La extradición se llama **activa** cuando es nuestro país quien la solicita, y **pasiva** cuando otro Estado la solicita a él. Las fuentes de derecho en materia de extradición se encuentran en el Código de Procedimiento Penal, en los principios de derecho internacional y en los tratados sobre la materia, de los cuales el más importante en Chile es el llamado Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante.

El Título VI del Libro III del C. de Procedimiento Penal está dedicado exclusivamente a tratar de la extradición, pero en su mayor parte toca los aspectos procesales de ella. En cambio, los diversos tratados abordan también los aspectos sustantivos de la misma. El más importante es el Código Bustamante, suscrito por todos los países americanos, salvo los Estados Unidos, y ratificado por todos ellos, con excepción de Argentina, Uruguay, Paraguay, México y Colombia. Con respecto a los países ratificantes, el Código tiene verdadera fuerza de ley, pero la Corte Suprema de Chile le ha dado un campo de aplicación más vasto, y ha recurrido a sus disposiciones, con relación a los países que lo han suscrito, pero no ratificado, como "común fuente doctrinaria", y respecto de los demás países, como "la inspiración general de la legislación chilena" en materia de derecho internacional privado.[1] Aparte del Código Bustamante, la convención multilateral más importante en la materia para Chile es la convención de Montevideo sobre Extradición, ratificada en 1935, que obliga también a Argentina, Colombia, Ecuador, El Salva-

[1] Casos contra FEDERICO ESTRADA y otros, C .S. (1934), G. T. 1934, 48-210; Contra WALDO BARTOLINI, C. S. (1935), G. T. 1935, 47-242.

dor, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, República Dominicana y Nicaragua. Hay también tratados bilaterales de extradición con Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, España, Estados Unidos, Gran Bretaña, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Con respecto a los países con los cuales no existe tratado de extradición, la tendencia de nuestros tribunales ha sido la de aplicar también las disposiciones del Código Bustamante en cuanto a los requisitos de fondo para su procedencia y, sobre todo, considerar la oferta de reciprocidad del país requeriente.

Los elementos de fondo en materia de extradición están relacionados con la calidad del hecho, la persona del delincuente y ciertas condiciones de procesabilidad o punibilidad.

1. Requisitos relativos a la calidad del hecho. Los principios en esta materia son los siguientes:

a) El principio de la **identidad de la norma** o de la **doble incriminación**, según el cual el hecho materia de la extradición debe ser delictivo, tanto en la legislación del país requeriente como en la del país requerido a la época de comisión del delito;

b) El principio de la **mínima gravedad**, de acuerdo con el cual la extradición es improcedente por las infracciones de muy poca importancia. A este respecto existen dos sistemas diversos. De acuerdo con uno de ellos, el más antiguo, los respectivos tratados enumeran los delitos por los cuales concederán la extradición los Estados contratantes. El otro sistema, más moderno, consiste en señalar, simplemente, la penalidad mínima que los delitos deben tener asignada para que por ellos pueda concederse extradición. Es el sistema que siguen el Código Bustamante y el Tratado de Montevideo, que exigen para los delitos una pena de un año de privación de libertad por lo menos. A este respecto, nuestra jurisprudencia ha entendido que el requisito se cumple si, dentro de una pena variable, el máximo de la misma sobrepasa el año, aun cuando el mínimo esté por debajo de esta duración.

Nuestro derecho interno plantea al respecto cierta dificultad. De acuerdo con el Art. 635 del C. de Procedimiento Penal, parecería que los tribunales chilenos sólo podrían solicitar de otro Estado la extradición: 1) de chilenos, por crímenes que merezcan pena corporal, y 2) de chilenos y de extranjeros responsables de simples delitos, pero sólo en los casos del Art. 6° del C. Orgánico de Tribunales (casos de extraterritorialidad de la ley penal chilena). Sin embargo, nuestros tribunales han entendido que prevalecen en la materia los Arts. 279 y 637 del mismo C. de Procedimiento Penal, que dan prioridad en esta materia al

"derecho internacional". Fuentes del derecho internacional no son sólo los tratados internacionales, que en todo caso prevalecerían sobre el Art. 635 del C. de Procedimiento Penal, sino también los principios de derecho internacional (Art. 637 del C. de Procedimiento Penal), y en tal virtud las reglas del Código Bustamante y del Tratado de Montevideo, en calidad de "principios", han sido aplicadas incluso con respecto a países con los cuales Chile no tiene tratado de extradición. Igualmente, por lo que toca a la extradición pasiva, el Art. 647 del C. de Procedimiento Penal ordena concederla cuando sea procedente en conformidad a los tratados o, en su defecto, a los principios de derecho internacional.

Siguiendo la doctrina de la Convención de Viena sobre Tráfico de Estupefacientes, de 1988, que declara que los Estados signatarios considerarán incluidos los delitos sobre esa materia en todos los tratados de extradición, aunque no se los mencione expresamente, la Ley 19.366, sobre la misma materia, declara, en su Art. 34, inciso segundo, que los delitos sancionados en ella serán considerados susceptibles de extradición, tanto activa como pasiva, aun en ausencia de reciprocidad o de tratado sobre la materia.

No es nunca procedente la extradición por faltas.

c) El principio de la **exclusión de los delitos políticos**. Esta excepción, de general aceptación, está consagrada positivamente, v. gr., en el Art. 355 del C. Bustamante y en el Art. 23 del Tratado de Montevideo. El fundamento de la exclusión de los delitos políticos radica en el fondo en la circunstancia de que la extradición es hoy una institución jurídica, fundada en la existencia de una comunidad jurídica entre las naciones. Y en los delitos políticos no existe ofensa jurídica de ninguna naturaleza, ya que ellos se dirigen precisamente contra el orden jurídico mismo que los declara ilícitos, de modo que tales actos podrán calificarse de inmorales, antisociales, o bien de progresistas, revolucionarios, etc., pero no de jurídicos o antijurídicos. Y como sólo el orden jurídico puede imponerse coercitivamente a los hombres, y no las ideologías sociales o políticas, la penalidad del delito político queda suficientemente satisfecha con la separación del disconforme, alejándolo de la comunidad nacional, y la extradición resulta improcedente.

El problema más arduo en la materia es, por cierto, el de distinguir entre los delitos políticos y los comunes. Los delitos políticos propiamente tales (que la doctrina llama **puros**) son aquellos que atentan contra el orden jurídico o constitucional en sí mismo (v. gr., delito de rebelión). Se habla también de los delitos políticos **relativos**, que son aquellos cometidos con finalidades políticas, pero que lesionan un bien jurídico no político (v. gr., hurto de armas para una rebelión),

y **conexos**, que en sí son delitos comunes, pero que están vinculados por razones ocasionales a delitos políticos. Se admite en general que por los delitos políticos puros no procede extradición. La doctrina tiende a admitir que se conceda por los delitos relativos, pero el Art. 355 del Código Bustamante no hace distinción y rechaza la extradición por ellos, con una excepción, también de antigua aceptación general, incluida en el Art. 357: no se reputa delito político ni conexo el homicidio del Jefe de un Estado contratante o de cualquiera persona que en él ejerza autoridad (cláusula belga del atentado). Como puede apreciarse, también los delitos conexos están excluidos del ámbito de la extradición. El Código Bustamante consagra además una regla de extrema importancia, que sienta tal vez el principio más justo en materia de extradición por delitos políticos:

"Art. 356. Tampoco se acordará [la extradición], si se probare que la petición de entrega se ha formulado de hecho con el fin de juzgar y castigar al acusado por un delito de carácter político, según la misma calificación".

También la doctrina acostumbra exceptuar del ámbito de la extradición los delitos **castrenses** o militares, es decir, aquellos que son propios de los miembros de las Fuerzas Armadas cuando realizan actos de servicio. En cuanto a los delitos **sociales**, que atentan contra la organización social íntegra, generalmente por medios violentos y destructivos, la doctrina recomienda considerarlos susceptibles de extradición. Sin embargo, su vinculación a los fines políticos es generalmente tan estrecha, que será preciso discriminar en cada caso su verdadera naturaleza.

La calificación del delito como político o común corresponde al Estado requerido, como es obvio.

El Art. 9°, inciso final, de la Constitución Política dispone que los delitos calificados por la ley de conductas terroristas "serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales". Precisamente, el efecto legal más importante de esta clasificación es el de excluir los delitos políticos de la extradición.

2. Requisitos relativos a la calidad del delincuente. El problema fundamental que aquí se plantea es el de si un Estado debe o no conceder la extradición de sus propios ciudadanos, cuando la solicita otro Estado para juzgarlos o cumplir una condena. Los sistemas varían: en el Tratado de Montevideo se establece (Art. 20) que la nacionalidad del reo no altera el principio territorial; en el Código Bustamante (Art. 345) se establece una regla optativa: un Estado no está obligado a entregar a sus nacionales, pero si rechaza la extradición debe juzgarlos. La tendencia moderna favorece la entrega de los nacionales; la posición tradicional

ha sido contraria a ello, con la notable excepción de los países anglosajones.

La regla del Art. 345 del C. Bustamante está evidentemente dada, como se desprende de su segunda parte, para el caso en que la extradición se solicite con el fin de someter a proceso a una persona. Nada dice el Código acerca de la extradición del nacional cuando ella es solicitada para que cumpla una condena ya pronunciada. No habiendo regla expresa, deberá entenderse que ello queda siempre a la discreción del Estado requerido. En cuanto a la obligación de juzgar al nacional cuando se ha rechazado la extradición, NOVOA cree que no podría cumplirse en Chile, por no existir disposición legal que confiera a los tribunales chilenos jurisdicción para conocer de delitos perpetrados en el extranjero, fuera de los taxativamente enumerados en el Art. 6° del C. Orgánico de Tribunales. Aparte de la atribución implícita de jurisdicción que el propio texto del Art. 345 supone, existe una regla expresa, en el Art. 341 del mismo Código Bustamante, que confiere competencia a los tribunales de cada Estado contratante para conocer de todos los delitos y faltas a que haya de aplicarse la ley penal del Estado conforme a las disposiciones del mismo Código. Precisamente los delitos perpetrados por el nacional en el extranjero deben ser juzgados de acuerdo con la ley de su patria, si ésta ha rechazado la extradición, según el Art. 345, y en consecuencia, los tribunales patrios pueden conocer y fallar dichos asuntos.[1]

3. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PUNIBILIDAD DEL HECHO O PROCESABILIDAD DEL DELINCUENTE. Los requisitos principales en la materia son los siguientes:

a) **Ni la acción penal ni la pena deben haber prescrito.** Hay al respecto diversos sistemas. Según el C. Bustamante (Art. 359), debe rechazarse la extradición si hay prescripción en conformidad a la ley del

[1] El Art. 157 del Código Orgánico de Tribunales atribuye competencia para conocer de un delito al tribunal del lugar en que se hubiere cometido. El Art. 167 dispone que de los delitos a que se refiere el Art. 6° (casos especiales en que los tribunales nacionales juzgan delitos cometidos fuera del territorio nacional) conocerán "los tribunales de Santiago". El Auto Acordado de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 12 de enero de 1935, dispone que de los delitos cometidos fuera del territorio del Estado y de competencia de los tribunales chilenos, conocerá el juzgado de turno en lo criminal de Santiago. El Art. 27, letra l) de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado, señala que de los delitos contemplados en dicha ley, cometidos fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros al servicio de la República, conocerá en primera instancia un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, según el turno respectivo, y en alzada, dicha Corte, con excepción del Ministro instructor.

Estado requeriente o del requerido. De acuerdo con el Tratado de Montevideo (Art. 19), la prescripción se determina sólo según la ley del Estado requeriente. Otros tratados establecen que tal determinación se hace según la ley del Estado requerido únicamente. En doctrina, se admite que la misma regla de la prescripción sea aplicable a todas las causales de extinción de responsabilidad penal, aunque esta opinión no es unánime, y entre nosotros debe considerarse también la regla positiva del Art. 360 del C. Bustamante, según la cual una amnistía pronunciada en el país requerido, con posterioridad a la comisión del delito, no es suficiente para denegar la extradición.

b) **El delincuente no debe haber sido ya absuelto, ni haber cumplido su condena.** Si la persona ya ha sido objeto de un juicio penal por el delito que motiva el pedido de extradición, y ha sido absuelta, en cualquier Estado, no procede conceder la extradición, pues lo impide el reconocimiento internacional de las sentencias extranjeras y su valor de cosa juzgada. El C. Bustamante (Art. 358) establece la misma regla. Entendemos, pese a la ambigüedad de redacción, que esta regla vale, cualquiera que sea el Estado en el cual se absolvió al acusado. En cambio, la existencia de juicio pendiente por el mismo delito sólo será un obstáculo para la extradición cuando dicho juicio se esté celebrando en el Estado requerido. La circunstancia de que el delincuente haya cometido un nuevo delito en el territorio del Estado requerido sólo impedirá la extradición en caso de que tal delito sea anterior al pedido de extradición. Y aun en tal caso, la extradición sólo se postergará hasta después de terminado el juicio por el nuevo delito y de cumplida la condena, en su caso (C. Bustamante, Art. 346).

4. Efectos de la extradición. Denegada la extradición, esta resolución produce el efecto de cosa juzgada, y no puede solicitarse de nuevo por el mismo delito (C. Bustamante, Art. 381).

Concedida la extradición, el acusado queda sometido enteramente a la ley penal y los tribunales extranjeros para su juzgamiento o cumplimiento de condena, pero con dos importantes limitaciones:

a) Por razones de humanidad, se exige que el Estado requeriente no le aplique la pena de muerte, o no la ejecute si ya está pronunciada la condena. Es requisito común en doctrina, y lo repite el Art. 378 del C. Bustamante.

b) El Estado requeriente no puede procesar al delincuente por delito distinto de aquel que motivó la extradición, ni hacerle sufrir otra pena (con la excepción anotada más arriba) que aquella para cuyo cumplimiento se solicitó la extradición. Este principio se denomina de **especialidad** de la extradición. Esta limitación se refiere a los delitos o a las

condenas que sean anteriores a la extradición. Si el Estado requeriente desea procesar al reo por otro delito o hacerle cumplir otra condena, deberá solicitar la venia del Estado requerido, con todas las formalidades propias de una nueva extradición. Por razones evidentes, no se admite en este caso que el consentimiento voluntario del reo sea suficiente para prescindir de este requisito.

El Código Bustamante, que contiene en su Art. 377 formulación expresa de esta regla de universal aplicación, contempla, sin embargo, una excepción o limitación de ella: puede el reo ser procesado por delitos anteriores diversos del que motivó la extradición, si después de ser juzgado por este último, y de cumplida la condena, en su caso, permanece tres meses en libertad en el Estado requeriente.

Capítulo V

APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD

Las leyes penales rigen mientras tienen vigencia jurídica, esto es, desde su promulgación hasta su derogación. De acuerdo con el Art. 72 de la Constitución Política, la promulgación marca el comienzo de existencia de la ley como tal. La promulgación se efectúa de acuerdo con las reglas legales, mediante su publicación en el Diario Oficial, y desde esa fecha entra en vigencia, salvo disposición especial contraria (Arts. 6° y 7° del C. Civil). La derogación de la ley puede ser expresa o tácita, total o parcial (Arts. 52 y 53 del mismo código).

El principio general, en materia penal, no es diferente del que impera en otras ramas del derecho, a saber, que la ley rige los hechos acaecidos durante su vigencia: no rige, en cambio, los que ocurrieron con anterioridad, ni los que se produzcan con posterioridad a su derogación. Sin embargo, la sucesión de leyes penales en el tiempo puede plantear diversos problemas, para resolver los cuales es preciso distinguir entre situaciones diferentes. Sabemos que el principio de la irretroactividad de la ley es, en otros campos del derecho, puramente legal, de modo que depende de la sola voluntad del propio legislador establecer excepciones al principio o bien derogarlo enteramente (con las solas limitaciones constitucionales en cuanto a los derechos adquiridos). En materia penal, sin embargo, la aplicación de la ley penal en el tiempo está regida en primer término por el Art. 19 N° 3° inciso 7° de la Constitución Política, y sólo secundariamente por las disposiciones legales de inferior rango. De acuerdo con dicha disposición de la Constitución Política:

"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".

Por esta razón, dijimos en su oportunidad que el principio de la reserva, además de su sentido estricto de **legalidad** (sólo la ley puede

crear delitos y penas), tenía también un sentido de **irretroactividad**, inseparable de aquél. De acuerdo con esta regla, en consecuencia, la ley penal rige los hechos acaecidos durante su vigencia, y **exclusivamente ella** puede hacerlo, de tal modo que, aun después de derogada, seguirá en vigencia para los efectos de juzgar los hechos que acontecieron antes de la derogación.

Si bien el principio de la **legalidad** no es de antigua data, el de la **irretroactividad** tiene una prolongada tradición histórica. Para MAGGIORE, es la "estrella polar" de los caminos del derecho,[1] y aparece en todos los pueblos apenas alcanzan suficiente madurez cívica. Lo encontramos en Grecia, en el derecho romano, en el derecho canónico, en las doctrinas del humanitarismo penal (donde es un postulado fundamental) y en casi todos los códigos modernos. Baste señalar que no fue siquiera eliminado del Código Penal Alemán por el régimen nacional socialista, pese a la ruptura con el principio de la legalidad. Para algunos, el principio de la irretroactividad tiene un carácter filosófico, abstracto, y debe en consecuencia aplicarse siempre (irretroactividad **absoluta**),[2] ya que la contradicción hecho-ley queda fijada irrevocablemente al momento de la comisión del delito. Para otros (CARRARA, BELING, MEZGER) debe admitirse una excepción en el caso de que una ley penal posterior dé un tratamiento más benigno al hecho incriminado (irretroactividad **relativa**). Los defensores de este punto de vista afirman que esto no es sólo una cuestión de humanidad, sino que tiene su razón de ser en la circunstancia de que el legislador ha declarado públicamente que el tratamiento penal anterior era innecesariamente riguroso e inadecuado a las necesidades sociales, y que por lo tanto no resulta jurídicamente procedente imponerle a un ciudadano esa pena declarada inútil y excesiva. Claro está que éste es un argumento de doble filo, pues igualmente puede esgrimirse para justificar la retroactividad de la ley más severa.

Ya hemos señalado precedentemente cómo los más importantes textos internacionales han adoptado expresamente el principio de la irretroactividad de la ley penal y admitido expresamente una excepción para el caso de la ley posterior más favorable al acusado.

En cuanto al punto de vista opuesto, que defiende la **retroactividad** de la ley penal, generalmente se ha fundamentado en razones de defensa social, y ha aducido como justificación el mismo argumento señalado precedentemente: debe aplicarse la sanción que el legislador de-

[1] MAGGIORE, *op. cit.*, I, p. 194.
[2] SOLER, *op. cit.*, I, p. 204.

clara adecuada a las necesidades sociales, sea más benigna o más rigurosa que la existente al tiempo de la comisión. Sus más decididos partidarios son generalmente los positivistas, como FLORIAN. Admiten, sin embargo, que la retroactividad no puede llegar al punto de imponer castigo por hechos que no eran en absoluto delictivos cuando se realizaron, por las posibles arbitrariedades, especialmente de carácter político, a que ello podría dar lugar.

Sea cual fuere la posición que se adopte en principio, el Art. 19 N° 3° de la Constitución Política consagra entre nosotros el principio de la irretroactividad de la ley penal, pero no con carácter absoluto. El sentido del Art. 19 N° 3° de la C. Política aparece complementado por el Art. 18 del C. Penal, según el cual:

"Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

"Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigorosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

"Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigorosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades".

REQUISITOS PARA LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

Como se desprende de la consideración conjunta de los Arts. 19 N° 3° de la Constitución Política y 18 del C. Penal, la irretroactividad se mantiene como principio general en esta materia, pero se establece un caso de excepción, para que se aplique el cual se requiere:

a) Que con posterioridad al hecho se promulgue **una nueva ley**. Esta nueva ley puede ser una ley propiamente penal, o bien una ley de otro carácter, pero que integre la norma jurídica que se refiere a la situación juzgada. Sería el caso, v. gr., de una ley civil que rebajara el límite de la "mayor edad", y que integra el delito de "corrupción de menores": ella beneficiaría retroactivamente a los que corrompieron a personas que con la antigua ley se consideraban menores, pero que con la nueva ley no lo habrían sido. Así lo ha admitido nuestra juris-

prudencia.[1] Por lo demás, debe observarse que el Art. 18 exige únicamente que una nueva ley se haya **promulgado**, sin formular mayores exigencias en cuanto a su duración o plazo de vigencia, circunstancia que nos servirá más adelante para resolver el problema planteado por las leyes intermedias.

b) Que esta nueva ley sea **más favorable o benigna** para el reo. En consecuencia, jamás podrá operar la retroactividad cuando la nueva ley crea un delito nuevo, que antes era un hecho lícito, o cuando le aplique una pena más rigurosa. Esto último puede producirse por la vía directa de aumentar la pena, o indirectamente, creando nuevas agravantes o ampliando las ya existentes o su efecto agravatorio, etc.

Surge, naturalmente, el problema de determinar cuándo una nueva ley debe estimarse más favorable al reo que la anterior. No cabe duda posible cuando la nueva ley simplemente elimina el carácter delictivo del hecho, o crea una circunstancia eximente nueva, o amplía las ya existentes, o acorta el plazo de prescripción, de tal modo que como consecuencia de su aplicación, el reo debe ser absuelto.

El texto del Art. 18 es claro en el sentido de que la aplicación de la ley posterior más favorable es una obligación, y no una facultad, del tribunal. Y como dispone que debe arreglarse a dicha ley el juzgamiento, sin añadir normas especiales sobre el particular, la determinación de cuál sea la ley más favorable al reo corresponderá hacerla exclusivamente a quien la ley encomienda el juzgamiento: el tribunal respectivo. Además, deberá aplicarse tal ley en su integridad, sin que sea permitido aplicar parcialmente una y otra ley, para acabar en un tratamiento más favorable al reo. Por fin, debe determinarse la benignidad de la ley, no en abstracto, sino en concreto, con relación al caso que se trata de juzgar. Una ley que elevara considerablemente la pena de un delito, pero rebajara el plazo de prescripción, resultaría "más favorable" en algunos casos y "menos favorable" en otros.[2] Conviene recordar en esta materia que, según el Art. 74 del C. Orgánico de Tribunales, si en una Corte de Apelaciones se produce empate de cuál es la opinión que favorece más al reo, prevalecerá la que cuente con el voto del miembro más antiguo del tribunal. Esta regla nos parece aplicable al caso de que los miembros del tribunal discrepen acerca de cuál es la ley más favorable que debe regir el caso. Naturalmente, esta regla es valedera sólo

[1] Revista de Ciencias Penales, vol. VIII, p. 131 (sentencia de la Corte Suprema, de 16 de mayo de 1945).

[2] Gaceta de los Tribunales, 1930, 2° semestre, p. 226 (sentencia de la Corte Suprema, de 14 de julio de 1930).

para la imposición misma de la pena, pero la decisión está sujeta a la revisión del tribunal de casación.

c) Que los hechos se hayan cometido **bajo la antigua ley**. Esta exigencia nos lleva a mencionar el problema relativo al momento de comisión del delito. Al igual que la cuestión, muy semejante, sobre el lugar de comisión, se tratará de ello más adelante. En realidad, en caso de que la ley nueva sea más favorable (única posibilidad de retroactividad), este requisito no plantea mayores problemas, ya que siempre se aplicará la ley nueva, sea por virtud propia, sea por efecto retroactivo, por más que existan dudas acerca del momento de comisión.

La Comisión Redactora del Código Penal rechazó una indicación de Fabres para extender la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna a los condenados por sentencia de término. Estimó que tales casos deberían ser resueltos por la vía extraordinaria del indulto, y por tal razón el texto original del Art. 18 del Código Penal sólo comprendía lo que hoy son los dos primeros incisos del mismo, esto es, se limitaba el beneficio a los casos en que la nueva ley se promulgaba antes de pronunciarse sentencia de término. Dentro de esta limitación, la jurisprudencia interpretaba la expresión "sentencia de término" como la sentencia definitiva contra la cual no estuviere pendiente ni fuere ya posible interponer recurso alguno (aparte de la revisión, que propiamente no es un recurso).[1]

La Ley 17.727, de 1972, modificó el Art. 18 del Código Penal dándole su actual redacción, que hace extensiva la aplicación de la ley nueva más benigna incluso a aquellos casos en que la sentencia ya está ejecutoriada (expresión que viene a aclarar el significado de "sentencia de término" en el inciso anterior). El empleo de las expresiones "deberá modificarla" y la circunstancia de que el texto legal autorice al tribunal para proceder "de oficio", parecen suficientemente claros para concluir que la modificación de la sentencia primitiva es una obligación para el tribunal de primera instancia que la dictó, y no un simple derecho para el beneficiario (aunque sin duda éste también puede impetrarlo si el tribunal no actúa de oficio).

No parece que el legislador hubiera medido las consecuencias prácticas de una disposición tan amplia. En efecto, como no se señala plazo alguno hacia atrás, toda modificación en la ley penal vigente (y aun en las no penales que las integren o complementen, según se ha expuesto más arriba) obligaría a todos los tribunales a revisar de oficio e indefini-

[1] Gaceta de los Tribunales, 1935, 1er semestre, p. 287 (sentencia de la Corte Suprema, de 31 de mayo de 1935).

damente hacia atrás todos los fallos que hubieren dictado haciendo aplicación del texto antiguo, para decidir entre condena y absolución, para fijar la naturaleza y extensión de la pena, para apreciar las atenuantes y agravantes, etc. En el tenor primitivo del Art. 18, no era preciso fijar un límite, ya que éste resultaba impuesto por la sola circunstancia de que el proceso debía estar todavía pendiente. Al extenderse la regla a los procesos afinados, se hacía necesario imponer un límite, o tal vez dejar entregada la modificación a petición de parte. Creemos que será preciso interpretar la modificación legal en el sentido de limitarla al menos a aquellos casos en que la sentencia ejecutoriada está produciendo algún efecto, y no a aquellos (v. gr., cuando el condenado ha fallecido antes de la promulgación de la nueva ley) en que la modificación del fallo no producirá ningún efecto práctico. De otro modo, la aplicación estricta de la obligación impuesta por el tenor literal de la ley excedería las posibilidades materiales de los tribunales de primera instancia en Chile.[1]

Hay todavía otros problemas suscitados por el nuevo texto del Art. 18. En efecto, habrá casos en los cuales la nueva ley establezca nuevas circunstancias atenuantes o amplíe la escala penal reduciendo el mínimo aplicable, pero en los cuales, en definitiva, la pena impuesta bajo la ley antigua también sería teóricamente aplicable bajo la ley nueva. Tal sería el caso, v. gr., en que la ley antigua hubiera señalado una pena de presidio menor en su grado medio; la nueva, presidio menor en sus grados mínimo a medio, y la sentencia, bajo la ley antigua, sin reconocer atenuantes ni agravantes, hubiere impuesto una pena de 541 días de presidio, también posible de acuerdo con la ley nueva. ¿Estaría en tal caso obligado el tribunal a modificar la sentencia? Nos parece que el sentido de la expresión "deberá modificarla" se refiere a los actos en los cuales la aplicación de la nueva ley haría **obligatoria** la modificación del fallo, y por lo tanto en un caso como el citado no sería obligatoria la modificación de oficio.

Pero no todo el problema está resuelto. En un caso como el citado, admitiendo que el tribunal no estuviera **obligado** a modificar el fallo, ¿podría al menos modificarlo a petición de parte? La cuestión no es clara en el texto legal; no obstante, nos inclinamos a pensar que sería posible para el tribunal en tal caso acceder (dentro del margen en que la nueva ley lo autoriza a moverse) a una modificación de la sentencia, siempre que se tratara de una simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos ya establecidos en el fallo, pues de lo contrario sería preciso reabrir la investigación y reanudar la tramitación del proceso (v. gr., para determinar

[1] Concuerda con nuestra interpretación CURY, *op. cit.*, tomo I, pág. 190.

la posible existencia de los hechos constitutivos de una nueva atenuante creada por la ley), lo que estimamos excede el propósito del legislador. Opinamos que esta última limitación vale incluso para aquellos casos en que la modificación de la sentencia es obligatoria de oficio.

El último inciso del Art. 18 señala también ciertas limitaciones al efecto de la modificación de la sentencia. Las consecuencias del fallo no serán alteradas respecto de dos materias:

a) Las **indemnizaciones** pagadas o cumplidas. Esto está claro respecto de las indemnizaciones civiles que se hayan pagado a título de reparación del mal causado por el delito. Incluiría también las sumas pagadas voluntariamente u otras reparaciones pecuniarias hechas para configurar la atenuante del Art. 11 N° 7° del Código Penal. También se extendería a las sumas pagadas por costas y gastos, conforme a los Arts. 24 y 47 del mismo Código. Pero pese a la ambigüedad de la expresión "indemnizaciones... **cumplidas**" que la ley emplea, nos parece que esta regla no puede hacerse extensiva a las **multas**, que no son indemnizaciones, sino **penas**, y por lo tanto caerían bajo la retroactividad de la ley nueva. Esto es, si ya hubieren sido pagadas, habría que restituírselas al condenado, total o parcialmente, según el caso.

b) Las **inhabilidades**. Debe entenderse que si éstas han sido impuestas por la sentencia dictada bajo la ley antigua, ellas subsisten, y no son eliminadas ni reducidas, pese a los términos de la ley nueva. ¿A qué se refiere la ley con el término **inhabilidades**? Por lo que toca a las penas privativas de derechos, ellas se denominan en el texto legal inhabilitaciones, y no inhabilidades. Este último término sólo se emplea para designar las que afectan al derecho a conducir vehículos motorizados o a tracción animal (Art. 21 del Código Penal). No se advierte, por otra parte, qué razón habría llevado al legislador a permitir la remisión o reducción de otras penas más graves (presidio) o más leves (multa) y excluir solamente el beneficio a las penas privativas de derechos. Creemos que el texto ha querido referirse más bien a ciertas consecuencias civiles o administrativas que algunas condenas llevan consigo (v. gr., para el ingreso a la Administración Pública o Fuerzas Armadas; para conducir vehículos de locomoción colectiva; para ejercer la guarda y ser oídos como parientes, en el caso del Art. 372 del Código Penal; para suceder por causa de muerte, en los casos del Art. 968 del Código Civil, etc.).

LEYES INTERMEDIAS

Se habla de "leyes intermedias" cuando un hecho delictivo se ha cometido bajo la vigencia de una ley determinada; con posterioridad, pero

antes de la sentencia de término, se promulga una nueva ley más benigna, y finalmente, al momento de dictarse la sentencia, se ha derogado también la segunda ley, y rige una tercera, que restablece la penalidad primitiva o impone una más severa aún. ¿De acuerdo con cuál ley debe juzgarse el hecho? En principio, se dice que no existiría razón para aplicar la ley intermedia, que no regía cuando el hecho se cometió, ni rige cuando se pronuncia el fallo. Para la aplicación de la ley intermedia, además de una razón de humanidad, se aduce que no resultaría justo perjudicar al reo por una demora en su proceso, que generalmente no le es imputable.

Entre nosotros el texto del Art. 18 requiere solamente que la nueva ley se haya **promulgado** con posterioridad al hecho para que rija el caso, sin exigir que siga en vigencia al momento de la sentencia. Esto permite sostener la aplicación de la ley intermedia. Advertimos, sí, que el argumento es valedero sólo en caso de que la tercera ley sea tan rigurosa como la primera o más que ella. Porque si la tercera ley es más rigurosa que la segunda, pero siempre más favorable al reo que la primera, cumpliría también con todas las exigencias legales (sería una ley promulgada después del hecho, y más favorable al reo que la vigente al tiempo de la comisión), y el solo texto del Art. 18 no permitiría inclinarse por ninguna de la dos leyes posteriores. No obstante, pese a la falta de argumento de texto en este caso, siempre sostenemos la aplicabilidad de la ley intermedia, pues el beneficio de la ley posterior para el reo es una garantía constitucional que no puede verse afectada por razones ajenas a su propia conducta, esto es, la demora en el pronunciamiento del fallo no puede redundar en su perjuicio.[1]

LEYES TEMPORALES

Dos son los problemas fundamentales que a este respecto se plantean: el de las leyes que son promulgadas en una fecha, pero que se fijan a sí mismas una fecha posterior para entrar en vigencia, y el de las leyes propiamente temporales, es decir, que se fijan un plazo determinado de vigencia, pasado el cual quedarán sin efecto y seguirá rigiendo la ley anterior.

a) **Momento desde el cual rige la ley.** Puede una ley promulgarse el 1° de enero, y disponer en uno de sus artículos: "Esta ley regirá a

[1] Concuerdan con la solución que proponemos, CURY, *op. cit.*, I, pág. 191, y COUSIÑO, *op. cit.*, I, págs. 124 y ss.

partir del 1° de julio". Si esta ley es una ley penal nueva, más favorable que la hasta entonces existente, y hay que dictar sentencia el 1° de abril, ¿qué ley debe aplicarse? SOLER, siguiendo a MANZINI, opina que una ley no puede producir ningún efecto mientras no esté en vigencia, y por lo tanto, en un ejemplo como el propuesto, habría que atenerse en el fallo a la ley antigua.[1] Entre nosotros, NOVOA se inclina por la opinión de SOLER, dando como argumento, dentro de nuestra legislación positiva, la circunstancia de que el término "promulgación" no era claro en nuestra ley hasta la dictación de la Ley 9.400, que modificó los Arts. 6°, 7° y 8° del C. Civil, y que dicha expresión se confundía con "publicación".[2] LABATUT, en cambio, estima que basta con la promulgación, sin que sea necesario esperar la vigencia de la ley, por ser ése el tenor del Art. 18.[3] Nosotros estamos con la opinión de LABATUT. Desde luego, el texto del Art. 18 exige solamente la promulgación, término que tiene un significado jurídico preciso. Además, la confusión a que se refiere NOVOA podría a lo más conducir a la conclusión de que el Art. 18, al exigir la "promulgación", ha querido en realidad exigir la "publicación", pero no que su propósito ha sido el de requerir la vigencia efectiva.

Por lo demás, existe una diferencia entre la **obligatoriedad** de la ley y la **vigencia** efectiva de sus disposiciones de fondo. Ello se desprende de los Arts. 6°, 7° y 8° del C. Civil. La obligatoriedad (Art. 6°) surge de la promulgación y publicación. La vigencia (Art. 7° inc. 3° y Art. 8°) puede estar sujeta a lo que la misma ley disponga. Así, en el ejemplo propuesto más arriba, desde el 1° de enero la ley es obligatoria, pero sus disposiciones entran en vigencia sólo el 1° de julio. Precisamente, si las disposiciones sustantivas de la ley sólo van a aplicarse a partir del 1° de julio es porque la propia ley lo ha dispuesto así, y esa disposición es obligatoria desde que se promulga. La ley **es ley** y obliga como tal, desde su promulgación, incluso en aquella parte que posterga la vigencia de sus disposiciones sustantivas. No hay dificultad, en consecuencia, en extender el ámbito de su obligatoriedad al Art. 18 del C. Penal. Aparte de que concuerda con su texto, esta interpretación no parece tampoco oponerse al espíritu del Art. 18, concebido en el propósito de beneficiar retroactivamente al reo, beneficio que por lo demás se le concederá sin duda si su proceso se prolonga hasta la fecha de vigencia de la nueva ley. En este sentido se ha pronunciado también la Corte Suprema.

[1] SOLER, *op. cit.*, I, p. 201.
[2] NOVOA, *op. cit.*, I, p. 192.
[3] LABATUT, *op. cit.*, I, p. 101.

b) **Leyes temporales propiamente tales.** Son aquellas que se fijan a sí mismas un plazo de vigencia, pasado el cual recobrará su imperio la ley anterior. El parecer general es que ellas se aplican a todos los hechos realizados durante su vigencia, aunque al momento de dictarse sentencia ya no esté en vigor la ley temporal y haya recobrado vigencia la ley anterior, más benigna que la temporal. Este parecer se fundamenta en un argumento de evidente lógica jurídica: al fijarse a sí misma un plazo de vigencia, la ley temporal ha supuesto que ciertas infracciones cometidas en ese plazo (v. gr., la víspera del día del vencimiento de éste) no alcanzarán a ser sentenciadas bajo el imperio de sus disposiciones. De aplicarse en dichos casos la ley antigua que recobra su vigencia, quedaría totalmente anulada la eficacia de la ley temporal, que no puede decirse derogada por un cambio de criterio del legislador, sino simplemente terminada por disposición de la propia ley. Tal es la opinión de SOLER.[1] Nos parece que ésta es la solución aplicable también entre nosotros. Al recobrar su imperio la ley antigua, no puede reclamar aplicación en virtud del Art. 18 del C. Penal, porque no ha sido **promulgada** con posterioridad al delito, sino que simplemente ha recobrado valor por caducidad de la ley anterior.[2]

[1] SOLER, *op. cit.*, I, p. 209.

[2] Concuerda con nuestra posición CURY, *op. cit.*, I, p. 192. Contra, COUSIÑO, *op. cit.*, I, p. 132.

Capítulo VI

APLICACION DE LA LEY PENAL A LAS PERSONAS

EL PRINCIPIO GENERAL

Como se ha dicho precedentemente, de la consideración conjunta del principio constitucional de igualdad ante la ley (Art. 19 N° 2°) y del principio legal de obligatoriedad de la ley penal para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros, se deduce que la regla general en cuanto a la aplicación de la ley penal a las personas es la siguiente: la ley penal chilena se aplica a todos los habitantes de la República, y se aplica a todos ellos en la misma forma. Esta regla es también valedera para aquellos casos en que la ley penal chilena recibe aplicación extraterritorial.

Las excepciones al principio de la igualdad ante la ley se han clasificado tradicionalmente en **personales** y **funcionales**. Las primeras atienden a la calidad misma de la persona exenta del imperio de la ley penal. Entre nosotros no existen. Las segundas atienden a la función o cargo que la persona desempeña. Las excepciones que entre nosotros hay pertenecen a este segundo grupo, y tienen su fundamento unas en el derecho internacional, y otras en el derecho interno.

EXCEPCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL

Dos son las más importantes excepciones al principio, que se fundamentan en el derecho internacional.

1. Los Jefes de Estado extranjeros. La doctrina y la costumbre internacional admiten ampliamente la exención de que goza un Jefe de Estado, de visita en otra potencia, respecto de la aplicación de la ley penal de esta última. Son una verdadera encarnación de la soberanía del país que encabezan, y no pueden, por consiguiente, quedar sometidos a la soberanía de otra nación. Suele exigirse, para que se aplique esta ex-

cepción, que el Jefe de Estado se encuentre en visita oficial, como representante de su nación, pero el C. Bustamante, en su Art. 297, establece este privilegio en forma amplia, sin formular dicha exigencia.

2. Los representantes diplomáticos extranjeros. Los representantes diplomáticos extranjeros (embajadores, ministros, encargados de negocios, etc.) gozan de inmunidad frente al derecho penal de la nación en la cual desempeñan sus cargos. El fundamento de esta excepción se encuentra no sólo en consideraciones de cortesía internacional, sino en que los representantes diplomáticos son en verdad los representantes de otro poder soberano, y no podrían, en tal calidad, someterse a una soberanía extraña.

Chile se encuentra ligado por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, promulgada por Decreto 709, publicado en el Diario Oficial de 5 de marzo de 1968, según la cual los funcionarios consulares de carrera gozan de inviolabilidad personal relativa respecto de infracciones comunes, y de inmunidad de jurisdicción respecto de los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares (Arts. 41, 42 y 43).

La inmunidad diplomática, reconocida por tradición y práctica de larga data, aparece formulada también en forma explícita en el C. Bustamante, Art. 298:

"Gozan de igual exención los Representantes Diplomáticos de los Estados contratantes en cada uno de los demás, así como sus empleados extranjeros, y las personas de la familia de los primeros que vivan en su compañía".

Chile ha ratificado también la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, promulgada por Decreto 666, publicado en el Diario Oficial de 4 de marzo de 1968, según la cual la persona del agente diplomático es inviolable y goza de inmunidad de jurisdicción penal (Arts. 29 y 31), lo que se extiende al personal oficial y miembros de su familia, siempre que no sean nacionales del Estado ante el cual aquél está acreditado (Art. 37). Esta inmunidad de jurisdicción puede ser renunciada expresamente por el Estado acreditante (Art. 32).

Puede apreciarse el carácter eminentemente funcional de esta excepción. Respecto de los delitos funcionarios del diplomático, siempre regirá la ley de su Estado, pero respecto de los delitos comunes la ley naturalmente aplicable es la del Estado donde se cometieron. Si no se aplica ésta, es en consideración a que el diplomático es una verdadera encarnación de su Estado. Tanto es así, que si el agente diplomático, con la venia de su gobierno, renuncia a su inmunidad, puede y debe ser juzgado por los tribunales y según la ley de la nación ante la cual está acreditado.

Según se advierte, el privilegio de esas calidades (Jefe de Estado extranjero, representante diplomático) es amplio: los excluye de la ju-

risdicción de los tribunales, del imperio de la ley penal, e incluso del sometimiento a los actos de la autoridad administrativa. La sola violación de las prerrogativas diplomáticas, aunque no se traduzca en ninguna ofensa a un bien jurídico determinado, constituye un delito específico, sancionado en el Art. 120 del C. Penal.

EXCEPCIONES DE DERECHO INTERNO

Las más importantes son dos: la inviolabilidad de los parlamentarios y la exención de responsabilidad para los miembros de la Corte Suprema por ciertos delitos.

1. La inviolabilidad parlamentaria. De acuerdo con el Art. 58 de la Constitución, "los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión". Esta disposición, tan evidentemente contraria a la igualdad ante la ley, manifiesta la importancia que la Constitución atribuye a garantizar la independencia de los parlamentarios en el ejercicio de sus cargos. Lo claro y amplio de los términos constitucionales hace que esto se traduzca en la impunidad de aquéllos por los delitos que puedan cometer al manifestar opiniones o emitir votos (en general, los llamados "delitos de expresión", como injurias, calumnias, amenazas, desacatos, etc.). La inclusión de los "votos que emitan" entre los actos exentos de pena, indica que los parlamentarios no tienen responsabilidad por haber contribuido con sus votos, v. gr., a la aprobación de una ley que vulnere las garantías constitucionales. Bajo la vigencia de la Constitución de 1925, el texto sólo se refería a opiniones o votos "en el ejercicio del cargo", y se prestaba a vacilaciones la determinación de esta última circunstancia. El texto actual circunscribe la inviolabilidad a las opiniones o votos emitidos en sesiones de sala o comisión de la respectiva rama del Congreso.

Si las opiniones se emitieron siendo el autor parlamentario, la inviolabilidad subsiste aun cuando posteriormente deje de serlo, ya que la independencia que ha querido proteger la Constitución debe apreciarse al momento de emitir la opinión o el voto.

Se trata aquí de una verdadera causal personal de ausencia de responsabilidad penal: no es una causal de justificación, ni de inculpabilidad. Por tal razón, a nuestro juicio, podría resultar exento de responsabilidad penal quien respondiera a las injurias del parlamentario dentro de los límites de la legítima defensa. Es dudoso si pudieran demandarse indemnizaciones civiles por la expresión injuriosa.

No debe confundirse la inviolabilidad parlamentaria con el **fuero** parlamentario (Art. 58, inciso segundo, de la Constitución) que es sólo una exigencia procesal y no una exención substancial.

2. Exención ministerial de los miembros de la Corte Suprema. El Art. 76 de la Constitución Política dispone:

"Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

"Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad".

El Art. 324 del C. Orgánico de Tribunales dispone:

"El cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza o gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal".

Pero el inciso segundo del mismo artículo agrega:

"Esta disposición no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento, ni en cuanto a la denegación, ni a la torcida administración de la justicia".

De conformidad con dicho texto, debería llegarse a la conclusión de que los miembros de la Corte Suprema no responden penalmente por ninguno de los delitos por los que la Constitución los hace explícitamente responsables. La Corte Suprema, durante la vigencia de la Constitución de 1925 (que era incluso menos categórica que la actual, ya que no mencionaba expresamente a los miembros de la Corte Suprema), interpretó efectivamente el artículo en el sentido de otorgar inmunidad a sus miembros por delitos ministeriales, argumentando que sería "imposible" la comisión de dichos delitos, por falta de tribunal competente para pronunciarse sobre ellos, y en una interpretación desconcertante, sostuvo que la Constitución no aparecía violada, puesto que ella dejaba expresamente librados a la ley los casos y el modo de hacer efectiva dicha responsabilidad.[1]

Discrepamos en este modo de pensar. Hay a nuestro parecer una evidente violación del Art. 76 de la Constitución Política en el Art. 324,

[1] Gaceta de los Tribunales, 1932, 2° semestre, p. 189, sent. 43.

inciso 2° del C. Orgánico de Tribunales. Dicho inciso podrá hacer inaplicable a los miembros de la Corte Suprema lo dispuesto en el inciso primero, pero no lo dispuesto en la Constitución. La "falta de tribunal competente" no sería razón para admitir la impunidad de dichos delitos, ya que la responsabilidad penal es personal, y no se trata de juzgar a la Corte Suprema como tal, sino individualmente a aquellos de sus miembros que hayan cometido delitos ministeriales. Para tales casos, los Arts. 51, 64 y 218 del C. Orgánico de Tribunales señalan los tribunales competentes. En cuanto a la circunstancia de que el Art. 76 de la Constitución Política haya dejado entregados a la ley "los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad", parece claro que ello no faculta a la ley para hacer desaparecer esa responsabilidad, sino sólo para reglamentar la manera de hacerla efectiva, reglamentación que se encuentra, precisamente, en los Arts. 325 y siguientes del C. Orgánico de Tribunales, en términos amplios, de tal modo que, suponiendo inaplicable el Art. 324 inciso 2°, son ellos perfectamente valederos para los miembros de la Corte Suprema por los delitos mencionados en el inciso 1° de dicha disposición.[1]

OTRAS SITUACIONES

En relación con este tema, debemos hacer mención de la situación jurídico-penal del Presidente de la República, y de ciertas disposiciones procesales que no son verdaderas excepciones.

1. Situación del Presidente de la República. El Presidente de la República no goza de ningún privilegio sustantivo en cuanto a la aplicación de la ley penal. La tiene, solamente, como Jefe de Estado, cuando se encuentra en el extranjero, y con relación a la ley penal extranjera. Con respecto a los delitos que se cometan mediante "actos de administración", es decir, en el ejercicio de su cargo de Presidente, goza solamente de un privilegio procesal, el "juicio político", de los Arts. 48 N° 2° y 49 N° 1° de la Constitución Política. Declarado culpable el Presidente, queda sometido en todo a la ley penal. En cuanto a los delitos comunes, no goza el Presidente de la República ni siquiera de un privilegio

[1] Concuerda con nuestra opinión CURY, *op. cit.*, I, pág. 198. En cambio, a COUSIÑO, *op. cit.*, I, págs. 154 y siguientes, le parece que el Art. 324 del C. Orgánico de Tribunales no viola la Constitución, aunque no comparte los argumentos de la Corte Suprema para sostener tal cosa. Si bien discurre sobre el antiguo texto constitucional, su argumentación es aplicable al actual.

procesal, salvo en cuanto su calidad personal exige la tramitación de la causa por un Ministro de Corte de Apelaciones (Art. 50 del C. Orgánico de Tribunales). Concordamos con NOVOA en que sería necesario reglamentar, constitucional o legalmente, esta situación que puede dar origen a trastornos institucionales.[1]

2. PRIVILEGIOS PROCESALES QUE NO CONSTITUYEN EXCEPCIÓN. A veces, en razón de las delicadas funciones que ciertas personas desempeñan, las leyes exigen que su procesamiento se atenga a ciertas reglas diferentes de las comunes. Estas situaciones especiales no constituyen en verdad excepción al principio de la igual aplicación de la ley penal, puesto que, cumplidas esas reglas, la vigencia de las disposiciones sustantivas de la ley penal es absoluta, y se aplica en los mismos términos que a todo ciudadano. Los casos más importantes son los llamados **ante-juicios** o procedimientos previos al juicio mismo: tal es el caso del juicio político (Arts. 48 N° 2° y 49 N° 1° de la Constitución Política) por los delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos por las más altas autoridades políticas, administrativas, judiciales y militares; el desafuero de los Diputados y Senadores (Art. 58 de la Constitución Política); el desafuero de Intendentes y Gobernadores (Art. 113 inciso 4° de la Constitución Política); la querella de capítulos con respecto a los jueces y oficiales del Ministerio Público por delitos ministeriales (Arts. 623 a 634 del C. de Procedimiento Penal). En cuanto a los fueros personales más importantes, que determinan el conocimiento de las causas por tribunales especiales, ellos son el de los militares y carabineros, que comparecen ante los tribunales militares; el de los miembros de los Tribunales de Justicia, a partir de los jueces letrados de asiento de Corte, y el de ciertas personas constituidas en autoridad o dignidad (política, diplomática o religiosa). Estos dos últimos casos se encuentran en el Art. 50 del C. Orgánico de Tribunales.

[1] NOVOA, *op. cit.*, I, p. 206.

Tercera Parte

TEORIA DEL DELITO

INTRODUCCION

NOCIONES GENERALES

De acuerdo con los conceptos acerca de "norma jurídica" y "ley penal" desarrollados en la primera parte de esta obra, decimos que la forma esencial que el derecho penal asume entre nosotros es la **ley**. La ley es a su vez un juicio hipotético, que consta de dos partes: la **descripción** o hipótesis de hecho, y la **sanción** o consecuencia jurídica. De las leyes enunciadas en esta forma se deduce la norma jurídica: una voluntad que exteriormente se nos impone como de obligatoriedad general y que puede aplicarse en forma coercitiva. Las normas jurídicas son todas de la misma naturaleza; simplemente imperativas. La distinción entre las varias ramas del ordenamiento jurídico aparece dada sólo por la naturaleza de la **sanción** o consecuencia jurídica que el derecho asocia a la violación de la norma. Determinadas violaciones de normas acarrean como consecuencia la pérdida o disminución de derechos personales para el transgresor, que denominamos **pena**. Esas hipótesis de hecho, consideradas por el legislador como violaciones de normas, y a las cuales aquél asocia como consecuencia una **pena**, es lo que recibe el nombre de **delito**.

Formalmente hablando, por consiguiente, denominamos **delito** a todo aquello a lo cual aparece asociada una pena como consecuencia jurídica. Sin embargo, hasta aquí sólo hemos caracterizado el concepto por un rasgo externo del que aparece revestido. La idea formal de delito no es una verdadera definición del mismo, por cuanto no nos permite captar su verdadera esencia. Para poder **definir** el delito es preciso examinar todos aquellos casos en los cuales el orden jurídico dispone la imposición de una pena, y determinar si existe entre ellos un vínculo común, un conjunto de notas o características que convenga a todos ellos y solamente a ellos. Si tales notas existen, podremos dar un concepto y una definición de delito. Si no las hay, no habrá más concepto de delito que el simplemente formal de aparecer asociado a una pena.

La búsqueda de la definición de delito responde a la cuestión "¿Qué es el delito?", y como formalmente ya sabemos que es el conjunto de circunstancias a las cuales la ley asocia una pena, podría formularse esta cuestión en otros términos: "¿En qué circunstancias dispone la ley que se aplique pena a un individuo?" Esta indagación puede hacerse sobre la base del derecho positivo, examinando los casos concretos que aparecen conminados con pena y extrayendo de ellos sus caracteres comunes de género próximo y de diferencia específica que nos permitan formular una definición. Esta definición respondería con propiedad a la pregunta: "¿Qué hechos son **penados**?", y sería estrictamente jurídica. Si intentamos formular esta cuestión desde un punto de vista legislativo, anterior a la formulación del derecho positivo, nos preguntaremos a cuáles hechos **debe** asociarse una pena. Esto no puede responderse en el terreno de lo jurídico, pues precisamente suponemos que el orden jurídico está por formularse. La respuesta deberá, por lo tanto, ser **extrajurídica**, y la proporcionarán otros criterios ajenos al derecho positivo.

Dentro de la ciencia jurídica de que nos ocupamos, solamente las definiciones jurídicas nos servirán para elaborar un concepto de delito. La dogmática jurídica trabaja con los preceptos del derecho positivo, de modo que la formulación de un concepto filosófico, sociológico o político del delito es ajena a su campo de investigaciones. De este modo nos limitaremos a mencionar el criterio con que se ha enfocado esta cuestión con prescindencia del derecho positivo. Aparte de algunas definiciones de carácter eminentemente político, como las inspiradas en el pensamiento liberal,[1] y la que se desprende de la modificación nacionalsocialista al párrafo 2 del Código Penal alemán, estas definiciones extrajurídicas se han orientado por lo general en un sentido filosófico o en un sentido sociológico.

DEFINICIONES EXTRAJURIDICAS

Como definiciones predominantemente **filosóficas**, aparecen éstas ligadas a los conceptos de moral, derecho natural, justicia, cultura, tranquilidad de los ciudadanos. La categoría de **delito**, en consecuencia, correspondería a determinados hechos vinculados en un sentido de oposición con alguno de los valores mencionados, de tal modo que, al im-

[1] FONTAN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, s. f., I, p. 283.

ponerles penas, el derecho positivo no estaría sino reconociendo el carácter delictivo de aquéllos. Por otra parte, si el derecho positivo no les asignara penas, no por eso tales hechos dejarían de ser intrínsecamente delitos. Además, el legislador no sería libre, a su capricho, para imponer penas por cualquier hecho, sino que debería limitarse a sancionar aquellos que realmente lo fueran de acuerdo con los criterios enunciados.

La definición más célebre de este grupo es la de CARRARA, para quien delito es "la infracción de la ley del Estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".[1] Aun cuando se admite generalmente que la esencia del pensamiento de CARRARA radica en su concepto del delito como "ente jurídico", su definición es en verdad filosófica, y no estrictamente jurídica. La contradicción entre el acto humano y la ley, esa "disonancia armónica"[2] a que CARRARA se refiere, es sólo uno de los elementos que deben tomarse en consideración para determinar la existencia de un delito. Los elementos de dicha desarmonía, el acto humano y la ley, deben además reunir determinadas características que ya no se juzgan a la luz del derecho positivo, sino desde puntos de vista ajenos a éste y superiores a él. El acto humano debe así ser moralmente imputable y políticamente dañoso, y la ley debe ser promulgada para la seguridad de los ciudadanos. Existe, para CARRARA, un orden jurídico natural, deducido de la razón, aspecto particular de la suprema ley del orden, de origen divino. Los actos que según dicho orden sean atentatorios contra la seguridad de los ciudadanos, serán verdaderamente y en sí mismos, delitos. Los ordenamientos jurídicos positivos que se ajusten al derecho natural al describir y penar los delitos, serán ordenamientos justos; los que no lo hagan, serán tiránicos o caprichosos. Lo mismo puede decirse de la pena. La labor de la ciencia penal consiste en una deducción racional, para establecer cuáles son los principios de aquella ley natural, y de este modo quedará establecido, de una vez para siempre, "el límite perpetuo de lo prohibido", y se conquista un criterio perenne "para distinguir los códigos penales de las tiranías de los códigos penales de la justicia", que es la tarea que emprende CARRARA en su *Programa.*

Modernamente, podemos mencionar en este campo a MAGGIORE, para quien el delito es "todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación en la pena".[3] Busca este autor, por lo

[1] CARRARA, *Programa,* I, p. 21.
[2] Ibídem, p. 35.
[3] MAGGIORE, *op. cit.,* I, p. 251.

tanto, un concepto de los hechos que **deben** ser castigados, de los hechos **punibles**, dignos o merecedores de sanción, aparte de que se hayan o no considerado así por el legislador, y este criterio lo encuentra en el orden ético, así como CARRARA lo encontraba en el derecho natural. Trasladando su idea al terreno histórico concreto, MAGGIORE agrega que en este sentido delito es "toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena en un momento histórico determinado". Incluso en el plano histórico, por consiguiente, MAGGIORE no estima necesaria la existencia de una sanción efectiva en la legislación vigente; le basta con que la conciencia ética de un pueblo considere merecedora de sanción a una conducta determinada, para que ella sea delito.

En la doctrina nacional, NOVOA[1] distingue entre el concepto de la "ciencia jurídica" y el de la "dogmática jurídica". El primero sería un concepto de delito de acuerdo con su naturaleza y según "los puros principios jurídicos", en tanto que el segundo sería un concepto arreglado a las disposiciones positivas vigentes en un momento determinado. Define el delito, en el primer sentido, como "la conducta antijurídica y reprochable, que lesiona el orden social en grado tal de merecer pena". Puede verse, en consecuencia, que esta definición no es jurídica, sino filosófica, y que la "ciencia jurídica" en realidad no sería sino la filosofía del derecho, que no por versar sobre el derecho deja de ser filosofía.

Las definiciones **sociológicas** parten de la consideración del delito como un fenómeno de hecho, uno más de los fenómenos sociales, y pretenden caracterizarlo, en consecuencia, prescindiendo del ordenamiento jurídico vigente, y también de las referencias metafísicas o religiosas, como de las de derecho natural, justicia, orden ético, etc. El más célebre intento en este sentido es el de GAROFALO, quien comprendió la necesidad de elaborar un concepto puramente socialnaturalista del delito, si se quería mantener la ciencia criminológica como una más de las ciencias naturales. El objeto de su estudio no podía ser un concepto no natural. En un análisis histórico, GAROFALO encuentra que tal vez ni uno solo de los hechos concretos que hoy se consideran delitos lo ha sido siempre y en todo lugar, y entonces prefiere analizar si al menos se ha seguido algún criterio, en las distintas sociedades, para penar determinados hechos como delitos. Encuentra este vínculo común en la ofensa de ciertos sentimientos, comunes a la humanidad a través de su historia, y que han acarreado la sanción de quienes la han realizado. Estos

[1] NOVOA, *op. cit.*, pp. 224 y 227.

sentimientos son los de **piedad** y **probidad**, y de este modo el delito natural es para GAROFALO el acto que ofende los sentimientos de piedad y probidad en la medida media en que ellos existen en una sociedad determinada.[1]

La definición de GAROFALO ha sido criticada aun dentro del campo positivista. FLORIAN la objeta por insuficiente, pues deja fuera numerosos sentimientos cuya ofensa también ha sido considerada delito.[2] FERRI propone otra definición: "delito es la acción determinada por motivos egoístas y antisociales, que turba las condiciones de vida y contraviene a la moralidad media de un pueblo dado en un momento dado".[3] Esta última definición, al aludir a la ofensa a la "moralidad media" presenta la misma deficiencia que la de GAROFALO. Se trata de definiciones formalistas, que no sirven para distinguir, objetivamente, los hechos constitutivos de delito de aquellos que no lo son. Para hacer tal diferencia, hay que acudir, en último término, a algo que está detrás de la definición: la ofensa a determinados valores morales. Con ello, queriendo prescindir del ordenamiento jurídico, por ser valorativo y no simplemente descriptivo-naturalista, se acude como referencia a otro sistema igualmente valorativo: la moral. Con la diferencia de que por lo menos en el derecho tenemos un índice seguro de valoración en la propia ley, en tanto que en materia moral, sobre todo si se trata de apreciar la "moralidad media" o los "sentimientos profundos", los criterios serán forzosamente imprecisos.

Cualquiera que sea el valor que se atribuya a estas definiciones en el campo de la filosofía del derecho o el de la sociología criminal, parece claro que ellas no son valederas en la ciencia jurídica propiamente tal. Como pretenden (salvo, en parte, la de CARRARA) prescindir del ordenamiento jurídico positivo, que es la materia prima con que trabaja la ciencia del derecho, para quedarse en un plano ideal, o bien en el mundo de la naturaleza, concluyen que puede hablarse de delito sin necesidad de usar como instrumento cognoscitivo el derecho vigente o histórico. De ello se desprende que tales definiciones no responden a la pregunta con que se inicia nuestra búsqueda: "¿Qué es el delito?", entendida en el sentido de que por "delito" significamos, formalmente, aquello que se nos presenta, en el derecho positivo, como ligado a una pena en carácter de antecedente a consecuencia.

---

[1] GAROFALO, RAFFAELE, *Estudios Criminalistas,* Madrid, 1896, p. 26.
[2] FLORIAN, EUGENIO, *Parte General de Derecho Penal,* La Habana, I, p. 380.
[3] FERRI, ENRICO, *Sociología Criminal,* Madrid, s. f., I, p. 97.

DEFINICION JURIDICA

Dentro de los autores que dan definiciones jurídicas, algunos se conforman con el concepto puramente formalista que nos sirve de punto de partida, y dicen simplemente que delito es todo hecho sancionado (o amenazado) con una pena, o fórmulas semejantes. De ejemplo nos sirve CUELLO CALON, para quien delito es "la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena". Si bien se nos dice al menos que el delito es una acción, no se completa la definición con las características propias y exclusivas de dicha acción, que la distinguen de los demás.[1] Pero decir que el delito es el acto penado por la ley no es sino volver al punto de partida; dar un concepto formal y no substancial.

Es VON LISZT el primer sistematizador del concepto de delito en un plano estrictamente jurídico. Si bien, como en todo terreno, se señalan precursores o antecesores, la verdad es que ninguno había desarrollado con el rigor científico de VON LISZT el estudio de la ciencia del delito.[2] Apenas si se había avanzado más allá de señalar que el delito era acción, esto es, que las legislaciones, después del pensamiento humanitarista de BECCARIA, ya no sancionaban actos puramente internos, ideas o propósitos, sino siempre hechos externos del hombre. Aparte de este primer elemento esencial, repara VON LISZT en que solamente son sancionados los hechos que aparecen prohibidos por el derecho, y que además se castiga únicamente a los individuos que tienen con su acto un vínculo interno, voluntario, que hace que moralmente se les pueda reprochar. Pero para VON LISZT hay otros actos humanos externos, prohibidos por la ley y realizados voluntariamente, que no son delitos, porque la ley no ha querido sancionarlos con pena, y concluye afirmando que la amenaza penal es la nota específica del delito, que define así: "delito es el acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena".[3] Esta definición es más tarde perfeccionada por BELING, que libra al concepto de delito del agregado tautológico de "ser sancionado con una pena", que se mantenía todavía en VON LISZT, y que resulta en verdad innecesario. El aporte más significativo de BELING a la teoría del delito es la introducción del concepto de **tipicidad**, como algo distinto y separado de la **antijuridicidad** o contrariedad al derecho. En efecto,

[1] CUELLO CALON, EUGENIO, *Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, I, p. 267, con citas de definiciones análogas.

[2] FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal*, I, p. 232; CUELLO CALON, *op. cit.*, p. 268, Nº 6.

[3] VON LISZT, *op. cit.*, II, p. 254.

el derecho penal (al menos el derecho penal liberal) no prohíbe en general las ofensas a determinados bienes jurídicos, sino que las prohíbe señalando concretamente determinadas acciones que considera contrarias a esos bienes jurídicos, en vez de expresar directamente el mandato. Sólo las acciones así descritas por la ley serán, en consecuencia, fuente de penas. BELING desarrolla extensamente esta teoría, a la que sitúa en el centro de su concepción sobre el delito, a la que nos referiremos más adelante. Pero aquí anticiparemos que, de acuerdo con esta idea, BELING define el delito como "una acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones objetivas de punibilidad".[1] Esta última nota se refiere a la existencia de determinados factores ajenos a la acción misma, pero a cuya presencia la ley ha subordinado la imposición de una pena.

La mayor parte de la doctrina acepta las definiciones anteriormente expuestas, con mayores o menores variaciones. En general, la doctrina italiana es reacia a la adopción del requisito de la tipicidad, a la que considera sólo una "circunvolución" innecesaria para expresar el principio **nullum crimen, nulla poena sine lege**, y se conforma con exigir las notas de acción, antijuridicidad y culpabilidad. Así GRISPIGNI,[2] MAGGIORE,[3] ANTOLISEI,[4] que después de proporcionar una noción substancial de delito (generalmente extrajurídica), indican como características o aspectos del delito los que hemos señalado. En Alemania, MAYER define el delito como "acontecimiento típico, antijurídico e imputable",[5] MEZGER, en su **Tratado**, como "la acción típicamente antijurídica y culpable"; MAURACH, como "la acción típicamente antijurídica, atribuible".[6] Entre los argentinos, SOLER define el delito como "la acción típicamente antijurídica, culpable, y adecuada a una figura penal",[7] y para FONTAN BALESTRA el delito es "la acción típicamente antijurídica y culpable". En la doctrina chilena, LABATUT considera que es delito "la acción típicamente antijurídica, culpable y conminada con una pena";[8] ORTIZ MUÑOZ lo define

[1] BELING, ERNST VON, *Die Lehre vom Verbrechen,* Tübingen, 1906; Véase FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal,* I, p. 234.

[2] GRISPIGNI, FILIPPO, *op. cit.,* II, p. 129.

[3] MAGGIORE, *op. cit.,* I, p. 270.

[4] ANTOLISEI, *op. cit.,* pp. 154 y ss.

[5] MAYER, MAX ERNST, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrburch,* Heidelberg, 1915; véase FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal,* I, p. 240.

[6] MEZGER, *Tratado,* I, p. 161; MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho Penal,* I, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, pág. 154.

[7] SOLER, *op. cit.,* I, p. 222.

[8] LABATUT, *op. cit.,* p. 128.

como "el hecho ilícito y culpable sancionado con pena";[1] NOVOA, como "la conducta típica, antijurídica y reprochable", término este último que el autor prefiere al de "culpable"; y CURY, como "acción u omisión típica, antijurídica y culpable".[2] COUSIÑO acepta la fórmula "hecho típico, antijurídico y culpable".[3] GARRIDO propone el concepto "comportamiento del hombre (acción u omisión), típico, antijurídico y culpable.[4]

DEFINICION DE DELITO EN EL DERECHO CHILENO

La definición jurídica propia del derecho chileno debe obtenerse a partir de los textos legales nacionales, complementados por sus antecedentes históricos y las opiniones doctrinales. Nos encontramos así con que nuestro Código Penal, a imitación de su modelo español de 1848, y apartándose de la mayor parte de los códigos penales modernos, ofrece una definición de delito. Ella está contenida en el Art. 1º, inciso primero, según la cual: **Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.**

En estricto rigor, esta definición no es forzosamente obligatoria en todo el orden jurídico, pues no está contenida en la Constitución, sino en el Código que, dentro de la jerarquía de las normas, es una simple ley. Podría, por consiguiente, otra ley dar otra definición, o bien sancionar como delito un hecho que no correspondiera a la indicada definición. No obstante, dada la generalidad y asertividad de la definición del Código, será preciso que otra ley la derogue expresamente, o bien que tenga una insalvable incompatibilidad con ella, para que pueda admitirse que ha existido un apartamiento legislativo de la definición legal.

La inclusión de esta definición en el Código persigue la consagración positiva de dos postulados del derecho penal liberal, a saber, que no puede existir sanción penal si los pensamientos, opiniones o intenciones no se **exteriorizan** (exigencia de que se trate de una acción u omisión, también esta última perceptible objetivamente) y que la punibilidad de las acciones no depende de que sean inmorales, antisocia-

[1] ORTIZ MUÑOZ, PEDRO, *Nociones Generales de Derecho Penal,* Nascimento, Santiago, 1933, p. 15.

[2] NOVOA, *op. cit.,* I, p. 227; Cury, *Orientación para el estudio de la teoría del delito,* Ed. Nueva Universidad, Santiago, 1973, p. 11. Mantiene CURY esta definición en su *Derecho Penal,* tomo I, p. 203.

[3] COUSIÑO, *op. cit.,* I, págs. 254 y 259.

[4] GARRIDO MONTT, MARIO, *Nociones fundamentales de la teoría del delito,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pág. 29.

les, dañosas, execrables o políticamente molestas para los gobernantes, sino exclusivamente de que la ley las sancione (principio de **legalidad** de los delitos y de las penas). En cuanto al calificativo de **voluntaria**, ella refleja también el pensamiento liberal de que la justificación ética de la sanción penal radica en que el delincuente ha obrado contra la ley a sabiendas y pudiendo haber obrado de otra manera; en otras palabras, que es un ser **libre** que ha hecho mal uso de su **libertad.** Sin entrar todavía en los matices atribuidos al término "voluntaria", aun en el lenguaje no técnico el reproche moral resulta excluido si la persona ignoraba que obraba contra la ley (error o ignorancia), o no tenía una elección abierta (por temor o coacción), o en fin, no tenía la capacidad de entender la norma o de guiar su conducta conforme a ella, por defecto de mente, permanente o pasajero (falta de mente sana y madura).

Hasta aquí, la definición legal coincide con la doctrinal, al exigir la concurrencia de una **acción** (llámese "conducta", "acción u omisión", "comportamiento" o de otra manera) y de su carácter **culpable** ("voluntario", "reprochable", etc.).

La exigencia del elemento **tipicidad** ya no se desprende de la sola definición legal, pero queda en claro a partir de las bases constitucionales del derecho penal. En efecto, la exigencia puramente formalista de que la acción u omisión voluntaria esté "penada por la ley" ya no carece absolutamente de contenido, puesto que la Constitución prohíbe a la ley imponer penas sin "describir expresamente" la conducta a la cual se imponen. Tal es lo que dispone el Art. 19 Nº 3º de la Constitución:

"Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

Precisamente esa descripción legal expresa es la **tipicidad** de la acción delictiva, con lo que se añade la tercera nota distintiva propia de la definición doctrinal. Delito, a esta altura, es para el derecho chileno, **acción típica y culpable**. No es difícil añadir la nota de **antijuridicidad**, contrariedad al derecho (que por lo demás en muchas opiniones de doctrina se identifica con la tipicidad). En efecto, respecto de acciones voluntarias que están descritas en la ley como asociadas a una pena, la propia ley ha creado circunstancias en las cuales tales actos resultan permitidos y exentos de pena, o incluso obligatorios. El requisito constitucional de descripción expresa es un requisito **mínimo**, sin el cual no se puede imponer pena, pero no se atribuye el carácter de suficiencia absoluta, esto es, no señala que baste con la descripción legal para que sea imperativo imponer pena. La ley procede a describir aquellas acciones que considera lesivas para determinados bienes jurídicos, y a señalar una pena como consecuencia jurídica de su realización. Pero

en otras disposiciones la ley establece ciertas condiciones en las cuales cesa la obligación de abstenerse de realizar ciertas acciones o de realizarlas, en su caso, y por lo tanto, no se sigue en tales casos la pena como consecuencia jurídica. El verdadero alcance de la norma o mandato jurídico no se puede agotar con el simple examen de las disposiciones tipificantes, sino que exige la consideración de todas las leyes penales, y en último término, de todo el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, la **tipicidad** es indispensable, pero no es suficiente por sí misma. Es necesario que la ley **describa** una acción para que ella sea penada, pero además es necesario que la **prohíba** o la **ordene.** Esto último es precisamente la **antijuridicidad**.

En consecuencia, la definición doctrinal de delito como la **acción típica, antijurídica y culpable**, no exige ni más ni menos notas que la definición del Art. 1º del C. Penal chileno.

Sin duda, para la imposición misma de la pena, la ley chilena requiere también la ausencia de excusas legales absolutorias y la concurrencia, en su caso, de las condiciones objetivas de punibilidad. Pero estas últimas, siendo ajenas a la **acción**, no podrían de ningún modo incluirse en la definición del Art. 1º, y las primeras no eliminan (como se advierte en el Art. 489 del C. Penal) la calidad de **acción penada por la ley** respecto de aquellos hechos en los cuales concurren, sino sólo la de **persona penada por la ley** en relación con el titular de la excusa (tanto es así, que la acción continúa siendo punible respecto de los restantes partícipes). La excusa favorece a la persona, no a la acción, que es lo definido por la ley como delito en el Art. 1º del C. Penal.

Ya se ha hecho notar que el principio **no hay pena sin culpa** no está todavía consagrado en términos explícitos en la Constitución, y de hecho sobreviven disposiciones penales en las cuales no se subordina estrictamente la pena a la correspondiente culpabilidad del hechor. No obstante, es una exigencia claramente postulada en la definición legal de delito, del Art. 1º del C. Penal.

En conclusión, dentro del derecho chileno, delito es **la acción típicamente antijurídica y culpable**. Debe entenderse, en esta definición, que el adverbio "típicamente" se refiere tanto a la acción como a la antijuridicidad, como a la culpabilidad. Todos los aspectos del delito aparecen regidos por el **tipo** o descripción legal, característica esencial de las leyes penales. Dentro de la definición, el término **acción** sirve para designar el género próximo, y es el único sustantivo que se emplea en ella; las demás voces indican sólo cualidades o modos de ser de la acción. No es, por lo tanto, correcto, emplear la expresión "elementos" del delito para referirse en un mismo plano a la acción, la tipicidad, la

antijuridicidad y la culpabilidad. El delito es acción, pero una clase especial de acción, caracterizada por los requisitos ya indicados.

La generalidad de los autores españoles admite que la definición legal del delito, que es substancialmente idéntica en el Código Español y en el nuestro, coincide con la definición doctrinal más generalmente adoptada. Rechaza entre nosotros tal idea NOVOA,[1] que cree que ello significa forzar abusivamente el significado de las palabras. La verdad es que **gramaticalmente** hablando, la expresión "penada por la ley" no es sinónima de "típicamente antijurídica". Pero **lógicamente** resulta ser ése su significado, pues tratándose de un concepto formal, es preciso ir más allá de las palabras para ver qué es aquello que ellas designan en este orden jurídico concreto en que vivimos. En resumen, ante la frase "penada por la ley", debemos indagar cuándo pena la ley una acción, y como nuestra conclusión es que las penas cuando, además de voluntarias, están descritas en la ley (típicas) y prohibidas por ella (antijurídicas), es preciso concluir que esa fórmula general sirve para designar, en realidad, a las acciones que son típicas y antijurídicas. CURY[2] cree que la definición doctrinal "no coincide con la del Art. 1º inciso primero del C. Penal", pero ella "se ajusta mejor al sentido de la ley deducido de su contexto".

LOS SISTEMAS EN LA TEORIA DEL DELITO

Enunciada la definición de delito, la teoría del mismo consiste en el análisis de cada una de las notas comprendidas en aquélla; su concepto y sentido; la función que desempeñan dentro del conjunto; las relaciones que guardan entre sí y, en fin, la forma en que deben concurrir y relacionarse recíprocamente para acarrear como consecuencia final la responsabilidad penal (o la ausencia de ella).

La definición en que la doctrina coincide actualmente comprende siempre las mismas notas, aunque no todas las opiniones les atribuyan el mismo alcance, e incluso a pesar de que las denominaciones no sean coincidentes (así, se puede hablar de "acción", de "acción u omisión", "conducta" o de "comportamiento" para mentar el elemento sustancial del delito; no mencionar la tipicidad –pero exigir la concurrencia de la descripción legal–; emplear el término como adverbio "típicamente" en

[1] NOVOA, *op. cit.*, I, p. 232.
[2] CURY, *op. cit.*, I, pág. 203.

vez de "típica"; hablar de "antijuricidad", o de "ilicitud" o de "injusto" para referirse a la antijuridicidad; en fin, hablar de "reprochabilidad" en vez de "culpabilidad", y muchas otras variantes verbales), pero sin desvirtuar la esencia del concepto contenido en cada una de las notas constitutivas del delito.

Además, hay discrepancias en doctrina acerca del lugar que corresponde dentro de la estructura del delito a cada uno de los elementos indicados en la definición, y de la función que cumplen en ella (así, v. gr., si el dolo pertenece a la acción o pertenece al tipo o pertenece a la culpabilidad; si esta última es una realidad psicológica o es un juicio de reproche formulado por terceros; si la omisión es una especie radical y sustancialmente distinta de la acción; si la conciencia de la antijuridicidad integra el dolo o solamente el juicio de reproche, etc.). Pero todas estas discrepancias no impiden que los distintos autores siempre respeten las notas esenciales de la definición: acción – tipicidad – antijuridicidad – culpabilidad.

En verdad, esas notas parecen ser exigidas por las bases del derecho penal liberal: el hombre puede ser castigado por lo que **hace**, pero no por lo que es, piensa, cree u opina (limitación del castigo a las **acciones**); el ciudadano no puede ser castigado por el capricho de un déspota, y ni siquiera por la decisión mayoritaria de un grupo social (reserva a la **ley** de la función de crear delitos y establecer penas); exigencia adicional de que la persona esté advertida con antelación de cuáles acciones suyas son las únicas que le acarrearán sanción penal (**tipicidad**: las leyes deben describir las conductas punibles) y por añadidura, que hay circunstancias en que lo normalmente penado resulta permitido por la ley (causales de justificación); en fin, que la sociedad no estima justo castigarlo si no hay alguna forma de reprochabilidad moral en su conducta por haber hecho conscientemente mal uso de su libertad (**culpabilidad**).

Se comprende que tanto la definición misma de delito como sus elementos serían distintos en una estructura jurídica que atendiera primordialmente a los intereses del Estado, y penara no sólo las acciones, sino las actitudes críticas, las opiniones, la peligrosidad del individuo; lo que éste **pensara**, **fuera** o **pudiera hacer**. El principio de la reserva saldría allí sobrando, ya que en verdad sería un obstáculo para un derecho penal autoritario o defensista.

Por lo tanto, las querellas doctrinales sobre los distintos sistemas al interior de la teoría del delito deben ser miradas solamente como asuntos técnicos para un mejor y más armonioso manejo de los conceptos, pero no como una discrepancia más honda, de carácter moral, filosófico o político. Todas ellas creen en el pensamiento liberal y ninguna

reniega de BECCARIA. Si el dolo ha de considerarse parte de la acción, o del tipo, o de la culpabilidad, está sujeto a una disputa técnica dentro de principios comúnmente admitidos: el principio compartido por todos es que **no hay pena sin culpa.** La verdadera alternativa conceptual, la opción ética y política distinta sería la de postular que puede sancionarse a título de delito sin necesidad de que haya dolo alguno, sino únicamente en virtud del peligro que representa una persona, o de su capacidad para hacer daño, aun de manera inconsciente, o del daño que efectivamente ha causado, aunque no haya existido en él ningún ingrediente ético o psicológico.

El desarrollo de la teoría del delito será hecho en esta obra conforme a los criterios del autor, pero oportunamente se dará noticia de las posiciones diferentes de la doctrina, tanto nacional como extranjera. No obstante, la experiencia demuestra que, aceptando las bases del derecho penal liberal, rara vez se llega a conclusiones diferentes (condena o absolución) por la circunstancia de adherir a una u otra de las escuelas doctrinales en que se divide el mundo académico.

CLASIFICACION DE LOS DELITOS SEGUN SU GRAVEDAD

Las diversas clasificaciones de los delitos atienden a la particular forma que asumen uno u otro de sus aspectos, y al tratar de estos últimos nos ocuparemos de aquéllas. Solamente mencionaremos en esta parte la primera clasificación que hace nuestro Código Penal, que no requiere un conocimiento especial de la estructura misma del delito. Dispone el Art. 3º del Código Penal:

"Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas, y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del Art. 21".

Agrega el Art. 4º que:

"La división de los delitos es aplicable a los cuasidelitos que se califican y penan en los casos especiales que determina este Código".

Las infracciones criminales (delitos y cuasidelitos) se clasifican por consiguiente en tres grupos atendiendo a su gravedad. Y el criterio para determinar si una infracción es **crimen, simple delito o falta** está dado exclusivamente por la penalidad que la ley le asigna. Para tales efectos, el Art. 21 clasifica las penas en tres grupos:[1] de crímenes, simples delitos y de faltas. La multa es considerada en dicha clasificación como una pena co-

[1] Véase Tomo II, Cuarta Parte, Cap. I.

mún a todas esas infracciones, pero el Art. 25 señala el monto máximo de las multas correspondientes a los crímenes, a los simples delitos y a las faltas, de modo que cuando la multa sea la única pena asignada a una infracción, será su monto el que indique si se trata de un crimen, simple delito o falta (v. gr., Art. 458). Además, el Código Penal trata separadamente de los crímenes y simples delitos, por una parte (Libro II) y de las faltas, por otra (Libro III), lo que representa también, dentro del Código, una clasificación inmediata y evidente de las infracciones en dichos dos grupos. Debe hacerse notar que para la clasificación de las infracciones no se atiende a la pena concreta que se imponga a un condenado, sino a la pena que en abstracto señale el respectivo texto legal.

Aparte de las diferentes penas, que no son un efecto, sino la razón de ser de la diferencia entre una y otra clase de infracciones, las consecuencias de la clasificación de un delito como falta, por una parte, o como crimen o simple delito, por la otra, radican en que las faltas tienen ciertas características comunes, que se analizarán al estudiarlas en la Parte Especial, que las diferencian de los otros delitos. Sólo se castigan en estado de consumación (Art. 9º); no se pena a su respecto el encubrimiento (Art. 17); no rige en esta materia la regla general sobre penalidad del cómplice, sino la especial del Art. 498; la pena accesoria de comiso no es obligatoria en materia de faltas, sino facultativa, y puede recaer únicamente sobre los objetos señalados en el Art. 499; el plazo de prescripción respecto de las faltas es más breve, y la ausencia del territorio de la República no determina su duplicación, como ocurre con respecto a los demás delitos (Arts. 94, 97 y 100); el régimen de remisión condicional de la pena es diferente (Art. 564 del C. de Procedimiento Penal y Ley 18.216). En cuanto a la diferencia entre crímenes y simples delitos, la principal consecuencia dentro del Código Penal estriba en los diferentes plazos de prescripción (Arts. 94 y 97); y también tiene importancia la distinción en materia de cuasidelitos contra las personas: la penalidad es diferente según si el resultado, dolosamente producido, hubiera constituido crimen o simple delito (Art. 490). Del mismo modo, en algunas figuras delictivas en especial se hace una referencia a esta distinción, con respecto a ciertas situaciones que influyen en la determinación de la pena aplicable.[1] Por fin, la distinción entre crímenes, simples delitos y faltas tiene importancia procesal, para la competencia de los tribunales y el procedimiento aplicable.

Nuestro sistema es el llamado **tripartito**, que divide los delitos en tres clases o grupos de diferente gravedad. Lo tomamos del Código

[1] Arts. 152, 206, 414, etc.

Belga, pues el Código Español sigue el sistema **bipartito**, que divide las ofensas sólo en dos categorías: delitos y contravenciones (equivalentes estas últimas a las faltas). El sistema tripartito es seguido también en Francia. El bipartito es seguido, entre otras, por las legislaciones de Italia y Brasil. Los partidarios de la bipartición reprochan al sistema tripartito su artificialidad, y sostienen en cambio que su propio sistema tiene un fundamento científico, ya que se basa en la diferencia esencial que existe entre las contravenciones o faltas por una parte, y los demás delitos, por la otra, que serían de diferente naturaleza.

Admitido que la distinción entre crímenes y simples delitos (esto es, la división en dos grupos de los delitos propiamente tales) es enteramente artificial y de creación legislativa, nos corresponde examinar si existe o no una diferencia esencial, de naturaleza, entre las faltas y los restantes delitos. Nuestro Código Penal, aunque adoptó el sistema tripartito, siguió a su habitual modelo español en cuanto trató separadamente, en el Libro II, de los crímenes y simples delitos y sus penas, agrupados en diversos Títulos según el criterio del bien jurídico protegido, y en el Libro III, de las faltas, agrupadas según su gravedad o penalidad, con lo cual parece admitir que la diferencia entre las faltas y los otros dos grupos es más marcada y real que la que pueda existir entre crímenes y simples delitos. Pero el análisis de las diferentes faltas sancionadas en el Código no nos da un índice muy seguro. Dentro de ellas pueden distinguirse dos grupos fundamentales: 1) Las que son sólo delitos de menor entidad ("delitos veniales" las llamaba PACHECO),[1] y que se diferencian de determinados crímenes o simples delitos sólo en su monto o cuantía o en la gravedad del resultado, pero que esencialmente son idénticas a ellos, como es el caso de las lesiones leves, de las injurias livianas, de los hurtos y estafas que no excedan de medio sueldo vital, etc. (Arts. 494, Nº 5; 496, Nº 11; 494, Nº 19); 2) Aquellas que son propiamente contravenciones, que no dependen de ni se relacionan con ninguna figura precisa de crimen o simple delito. Según las Actas de la Comisión Redactora (Sesión 107), ésta se propuso castigar sólo las faltas que atacaran a la seguridad o salubridad públicas, y dejar la sanción de las restantes faltas a las respectivas ordenanzas municipales. En principio, las infracciones contra la seguridad son infracciones de peligro, pero la verdad es que muchas de las faltas de este segundo grupo son infracciones que causan un daño efectivo, y no un mero peligro, aunque sea a bienes jurídicos abstractos (Arts. 494 Nº 6º; 496 Nº 7º; 496 Nº 18; 496, Nº 35).

[1] PACHECO, JOAQUIN FRANCISCO, *El Código Penal Concordado y Comentado*, Madrid, 1867, III, p. 432.

En las faltas del primer grupo, no puede distinguirse ninguna diferencia esencial con los delitos de los cuales son una expresión de mínima entidad, y ello solo bastaría para concluir que entre crímenes y simples delitos, por una parte, y faltas, por la otra, hay simplemente una diferencia cuantitativa y no esencial. En aquellos países que siguen el sistema bipartito, sin embargo, se ha buscado con ahínco un criterio diferenciador entre las faltas característicamente contravencionales (las del segundo grupo de nuestro Código Penal) y los restantes delitos. Así, se han propuesto los siguientes: los delitos serían de creación puramente legislativa (BECCARIA, CARRARA);[1] los delitos representarían un daño efectivo, y las contravenciones sólo un peligro[2] (ALIMENA); los delitos se realizarían con dolo o culpa, en tanto que las contravenciones serían sancionables por el solo resultado producido (este último criterio, defendido, v. gr., por MANZINI,[3] se fundamentaba en un texto poco claro del Art. 45 del Código Zanardelli, ya derogado). La verdad es que todos estos criterios, al menos en nuestra legislación, resultan inexactos. Hemos visto que hay faltas, incluso del segundo grupo, que producen daño y no peligro; hay faltas que tienen una fuerte reprobación ética, como la omisión de socorro a las personas en peligro (Art. 494 Nº 14), en tanto que hay simples delitos que no tienen gran significación ética, como la simple anticipación de funciones públicas (Art. 216); por fin, la exigencia de dolo o culpa deriva de la definición general de los Arts. 1º y 2º del Código, comunes a las tres clases de infracciones. No puede negarse que, en términos generales, las faltas presentan las características señaladas, por oposición a los restantes delitos, pero ello sólo significa que las diversas legislaciones han tenido criterios similares de política criminal, y no que exista una diferencia esencial entre estos últimos y aquéllas. Tal conclusión es admitida también hoy día por muchos autores, incluso en las legislaciones que siguen el sistema bipartito (SOLER, MAGGIORE, ANTOLISEI, QUINTANO RIPOLLES).

[1] Véase MAGGIORE, *op. cit.*, I, p. 287.
[2] ALIMENA, BERNARDINO, *Principios de Derecho Penal,* Madrid, 1915.
[3] MANZINI, *op. cit.*, II, p. 70.

SECCION PRIMERA

LOS ELEMENTOS DEL DELITO

Capítulo I

EL ELEMENTO SUBSTANCIAL DEL DELITO: LA ACCION

CONCEPTO DE ACCION

Hemos dicho que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. De esta definición, el elemento **acción** es el único de carácter sustancial, mientras los otros señalan solamente notas características o distintivas que sirven para diferenciar el delito de las demás acciones humanas.

Acción es **todo comportamiento humano dirigido por la voluntad con miras a un fin.** El derecho penal considera al hombre no sólo como ser corporal, como un ente puramente físico en el mundo de la naturaleza, sino principalmente como ser dotado de voluntad. Todo el orden jurídico es de carácter normativo y se mueve en el plano del **deber ser**: el derecho imparte órdenes, normas, y la conformidad o disconformidad entre la voluntad normante y la voluntad normada es la que en último término determina la relevancia jurídica de la actividad humana. Luego, el concepto de acción humana debe considerar a ésta en toda su integridad: no sólo en la manifestación externa de la actividad humana, sino también, y principalmente, en la voluntad que la inspira y dirige.

La definición que hemos enunciado permite, desde ya, excluir diversos hechos del ámbito del concepto de **acción**. No son acción, para el derecho penal:

1) Los hechos de los **animales** y de las **cosas inanimadas**. La idea de voluntariedad está tan ligada a la de acción, que incluso en el lenguaje corriente, tratándose de actividad de los animales y de las cosas, se prefiere hablar de **hechos** y no de **acciones**. Históricamente, la estricta objetividad del concepto de falta, ligado al de **daño**, originó procesos contra animales y aun contra cosas, práctica hoy día absolutamente rechazada. Nada impide que los animales y las cosas sean utilizados en carácter instrumental por los seres humanos, y que la voluntad de un

hombre incorpore a su actuar la actividad causal de los animales y de las cosas, pero en tal caso habrá siempre una acción humana de la cual el hecho de la naturaleza será sólo un accesorio o medio.

2) Los hechos que no provienen de las personas **naturales**, sino de las personas **jurídicas** o **colectivas.** El sujeto de derecho penal es siempre una persona natural. El postulado tradicional de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas proviene de SAVIGNY y su concepto de tales personas como una simple ficción del legislador. El Art. 39 del Código de Procedimiento Penal señala, entre nosotros, que por las personas jurídicas responden penalmente las personas naturales que por ellas hayan intervenido en el acto punible. Modernamente, hay una fuerte corriente de opinión partidaria de la responsabilidad penal de las corporaciones, especialmente en los delitos de índole económica. No obstante, si se tratara propiamente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ellas no podrían ser condenadas sin ser juzgadas legalmente por el tribunal respectivo, y del contexto de la ley se desprende que en todo caso el procedimiento penal se dirige contra las personas de los representantes, y no contra la persona jurídica misma (no se somete a proceso, v. gr., a la persona jurídica). En nuestra opinión, la responsabilidad de las personas jurídicas debe limitarse al campo civil y administrativo, pues la falta de una real voluntad contraria a la norma hace que a su respecto no pueda concurrir el dolo, elemento esencial del juicio penal.

3) Las actividades **puramente internas** del hombre, que no se manifiesten exteriormente (pensamientos, deseos). El principio **cogitationis nemo poena patitur** fue una gran conquista del humanitarismo penal. La penalidad de los pensamientos u opiniones equivaldría, para CARRARA[1] a convertir al derecho penal en un arma al servicio de la tiranía política o del ascetismo. En esta materia, sin embargo, debe advertirse que cuando se pena una omisión parecería que se está sancionando un proceso de voluntad puramente interno del individuo, que no se ha traducido en actividad externa alguna. Pero debe tenerse en consideración que lo propio del derecho penal es impartir órdenes relativas a la actividad **externa** del hombre, sea prohibiéndola, sea mandándola. Cuando la norma impone una actividad **externa** y el hombre la omite, no se le sanciona por un proceso puramente interno de su voluntad, sino por la infracción a una norma que ordenaba una conducta externa, y

[1] CARRARA, *op. cit.*, I, p. 28.

cuya contravención, a la luz de las disposiciones de esa norma, es externamente apreciable.

4) La **condición** o **estado** de una persona. Estos factores pueden influir en uno u otro curso de acción, pero no son acción en sentido estricto. El ataque más intenso contra esta concepción proviene del pensamiento positivista, que en su formulación extrema se pronuncia por aplicar medidas en virtud de la sola "peligrosidad" o "estado peligroso" de una persona, sin necesidad de que éste se haya concretado en una acción delictiva específica. Como dichas medidas, aunque no se llamen "penas", se traducen para el afectado en pérdida o restricción de sus derechos personales, es preciso convenir que en tal situación se quiebra el principio de que bajo el derecho penal caen sólo las acciones humanas.

5) Los hechos **involuntarios** del hombre. Es la contrapartida de la exigencia de exteriorización de la voluntad. La sola voluntad, sin exteriorización actual o esperada, no es acción. La sola actividad externa, sin voluntad, no es tampoco acción. Se comprenden aquí todos los actos del hombre en que éste interviene como mero cuerpo físico, sujeto a otras fuerzas externas, de otros hombres o de la naturaleza, de tal modo que su voluntad en nada ha intervenido en la generación y dirección de la actividad. La ley se ha referido especialmente a este caso al declarar exento de responsabilidad penal al que obra violentado por una fuerza irresistible, caso del que nos ocuparemos más adelante. También se comprenden aquí aquellos actos ejecutados por el hombre, pero no bajo el imperio de su voluntad dirigida a un fin: actos reflejos, actos realizados en estado de sonambulismo, movimientos corporales dependientes del sistema del gran simpático, actos ejecutados durante el sueño, bajo la influencia de la hipnosis, en estados de delirio o por efecto de drogas, etc. Cabe advertir, sin embargo, que aun estas actividades pueden caer bajo el concepto de acción, si ellas han sido incorporadas a la actividad humana dirigida conscientemente a un fin, y que para lograr tal fin, escoge como medio alguno de estos hechos involuntarios.

La definición de acción que hemos ofrecido precedentemente nos indica que en ella existen dos elementos fundamentales: el **comportamiento externo** y la **voluntad finalista**.

EL ELEMENTO EXTERNO DE LA ACCION

La circunstancia de que el derecho penal se refiera únicamente a determinadas actitudes del hombre externamente apreciables, que se con-

cretan en movimientos de su cuerpo o actividades de sus sentidos, por leves que sean, y que pueden ir desde un despliegue máximo de actividad muscular a un ejercicio mínimo de actividad física, como el caso del vigía o centinela que no tiene otra obligación que mirar y escuchar, sin hacer más movimientos, nos indica que el primer elemento que debe encontrarse presente en la acción, penalmente considerada, es el comportamiento externo. La expresión "comportamiento externo" es suficientemente comprensiva de todas las formas exteriores que la actividad humana pueda asumir. La actitud corporal del sujeto de derecho aparece considerada en la norma jurídica bajo dos formas posibles: o se exige una actividad externa determinada, o se la prohíbe. De este modo, el actuar humano podrá también asumir dos formas relevantes para la norma: la abstención de la conducta ordenada, o la realización de la conducta prohibida. Ambas formas, sin embargo, serán externamente apreciables. La actividad que consiste en un **hacer** recibe el nombre de **acción**, propiamente tal. La que consiste en un **no hacer** es llamada **omisión.**

El juicio penal, en consecuencia, reposa siempre sobre el supuesto de una actividad corporal, que se presentó, no debiendo presentarse, o que no se produjo, debiendo producirse. Pero siempre la atención primera debe dirigirse hacia ese comportamiento material, base primaria de la relevancia penal.

Esta exigencia no excluye la posibilidad de comisión de determinados delitos por medios inmateriales (llamados también **morales**). Se da este nombre a aquellas manifestaciones de la voluntad humana que no están revestidas de fuerza física, o que al menos no la emplean, sino fundamentalmente de fuerza psicológica o espiritual. Pero para manifestarse en forma relevante, la fuerza psicológica o espiritual necesita un vehículo que la manifieste. Las palabras que constituyen la injuria, el revólver con que se amenaza, la carta que contiene la revelación del secreto, son medios materiales que se integran en comportamientos corporales externamente apreciables.

Este elemento nos indica que, exteriormente, la acción del hombre puede asumir dos formas: la **acción**, propiamente tal, y la **omisión**. A veces, la ley penal señala como base esencial del delito la acción (en sentido amplio), con referencia única al comportamiento corporal en sí mismo, y describe éste con cierta precisión (v. gr., "tocar campanas", Art. 123; "entrar", Art. 144; "arrojar escombros", Art. 496 N° 21). Pero ello es la excepción. Cuando la ley señala como base de la incriminación penal la acción en sí misma, por lo general la describe con expresiones que aluden a sus dos elementos: el comportamiento y la voluntad finalista (v. gr., "falsificar", Art. 163 y siguientes; "fallar", Art. 223; "apropiar-

se", Art. 432). Esto no significa que en aquellos casos la ley quiera prescindir de la voluntad finalista, sino que ésta no necesita estar referida a otra cosa que no sea el comportamiento mismo concretamente descrito. Otras veces, en fin, la ley concibe la acción, no como un todo que se agota a sí mismo, sino como parte de un proceso en que la acción desempeña el papel de **causa**, con relación a una determinada consecuencia.

EL ELEMENTO INTERNO DE LA ACCION

La acción humana difiere esencialmente de los demás hechos que se producen en el mundo del ser en que ella aparece integrada por un elemento interno que guía el comportamiento exterior con miras a un fin. Los procesos de la naturaleza son ciegos; a lo más, en los animales, son instintivos. El hombre obra para traer a la existencia una situación que actualmente no existe, o bien para impedir la supresión de algo que se desea conservar. El motor de las acciones humanas es siempre la contraposición entre una situación existente y otra posible, que se presenta como mejor o peor que la primera.[1] Todo el orden jurídico reposa sobre la base de que el hombre es un ser dotado de voluntad finalista, y el mundo del deber ser supone, precisamente, la capacidad humana para contraponer, internamente, las situaciones actuales con las posibles en el futuro. Sobre la base de su experiencia, por otra parte, el hombre advierte que su voluntad puede dirigir su comportamiento externo y que este comportamiento a su vez puede influir en la evolución de la realidad exterior, alterándola o manteniéndola, sea mediante la sola influencia del comportamiento realizado, sea encauzando o aprovechando la causalidad natural.

La situación futura, que se presenta como mejor o peor, es entonces concebida por el hombre como **fin**, y su comportamiento es pensado como un **medio**, por sí solo o engarzado en la cadena de procesos causales de otros hombres o de la naturaleza. Esto es una realidad psicológica y social, dada por la experiencia, y no presume como postulado filosófico el libre albedrío, cualquiera que sea la posición que al respecto se sustente. La **finalidad** supone una base en el linde de lo fisiológico (la **inervación** o mandato dado por la psiquis a los músculos), pero además exige un **conocimiento** de una situación dada, como

[1] Véase al respecto ECHEVERRIA, JOSE, *Réflexions Métaphysiques sur la Mort et le Problème du Sujet*. París, 1957.

fin, y tal comportamiento corporal, como medio; y una **decisión**, no interferida, y nacida en la misma voluntad. El grado de conocimiento y de libertad que debe existir para que la acción sea jurídicamente relevante, pertenece al estudio de la **culpabilidad**, característica substancial de la acción, de orden subjetivo.

La mayor parte de las acciones humanas aparecen descritas en la ley con expresiones que no se refieren directamente a los comportamientos externos, sino a la acción en su totalidad, considerada en sí misma, o como factor causal. Solamente la consideración del elemento interno, o voluntad finalista, permite, v. gr., precisar el concepto de **matar** o de **incendiar**. Estas expresiones denotan comportamientos externos sumamente complejos, compuestos de muchísimos movimientos corporales (a los cuales generalmente se les denomina **actos**), que no es posible unificar bajo el concepto común de "acción de matar" o "acción de incendiar", sino en consideración a la voluntad finalista que los anima. Así, comprar un arma, emboscarse, apuntar, oprimir el gatillo, son diversos actos materiales, pero jurídicamente constituyen una sola acción, **matar**, en razón de la unificación que reciben en virtud de la voluntad finalista que los inspira. El concepto de tentativa es totalmente ininteligible si se prescinde de la voluntad finalista del autor, aun en su aspecto primario de "acción constitutiva de tentativa" y sin llegar al examen de la culpabilidad.

En suma, internamente, el concepto de acción supone que el comportamiento externo haya sido decidido por la voluntad con miras a un fin. Sin ello, no hay acción humana. La existencia de esta voluntad finalista ha sido tradicionalmente estudiada dentro del campo de la culpabilidad, como **dolo** o **culpa**, lo cual supone eliminarla del concepto de acción. Dentro de nuestro estudio, la voluntad finalista, con las características señaladas, pertenece a la acción. Las características de esta voluntad, que permiten darle el calificativo jurídico de **dolo** o **culpa**, serán estudiadas en la culpabilidad, ya que ello significa valorar jurídicamente la voluntad y no simplemente considerarla desde un punto de vista natural y psicológico. En suma, la voluntad pertenece a la acción, y su calificación como dolo, a la culpabilidad. La acción significa simplemente **voluntad**, y el dolo (o la culpa) es voluntad **mala** ("reprochable"). La consideración del sustantivo pertenece a la acción; la del adjetivo, a la culpabilidad. La consideración de la naturaleza esencial del dolo como **voluntad** lleva a los seguidores del pensamiento finalista que escriben en lengua castellana o traducen a ella a los autores alemanes, a emplear sin más la voz **dolo** para designar a la voluntad finalista que integra la acción. Pensamos que su denominación correcta es la de voluntad final o finalista, porque –a diferencia de lo que ocurre en lengua alemana– la

expresión **dolo** en castellano tiene un significado desvalorativo que la palabra voluntad no tiene mientras no se hagan intervenir otros elementos que justifiquen un juicio de reproche a su respecto (como que la tradición jurídica la hace sinónima de **malicia**). Para la existencia de **acción** basta una voluntad final considerada sólo desde el punto de vista fenomenológico, sin valorarla todavía. Volvemos sobre el particular al ocuparnos de la noción de **dolo** dentro de la culpabilidad.

LA CONCEPCION CAUSALISTA DE LA ACCION

El concepto de acción que se ha expuesto precedentemente, con sus dos aspectos de comportamiento externo y de voluntad finalista, se fundamenta en el pensamiento jurídico de HANS WELZEL[1] y sus seguidores, desarrollado a partir de 1928. Filosóficamente, WELZEL afirma que esta concepción no hace sino seguir el concepto de acción tradicional en el pensamiento occidental, desde ARISTOTELES[2] a HEGEL, pasando por la escolástica, sobre todo SANTO TOMAS DE AQUINO,[3] y que reaparece más tarde en HARTMANN.[4] Sin embargo, en la época en que se desarrolló plenamente la ciencia penal (segunda mitad del siglo XIX y primeros años del siglo XX), tal concepto de acción fue eclipsado por el influjo de la filosofía positivista, y de este modo los autores, con casi uniformidad, concibieron la acción humana sólo como un factor o fenómeno más en el mundo físico, dentro de la gran cadena causal de la naturaleza, sujeta al determinismo universal, y con prescindencia de la virtud dinámica y decisiva de la voluntad humana.

Para estos autores, la acción humana puede definirse, en la expresión de MAGGIORE, como **una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior**[5] o expresiones similares.[6] Puede observarse que esta fórmula pone el acento en el comportamiento externo, y en la virtud causal

[1] WELZEL, HANS, *La teoría de la acción finalista,* Depalma, Buenos Aires, 1951; *Derecho Penal,* Depalma, Buenos Aires, 1956.

[2] WELZEL, *Teoría,* p. 18.

[3] Véase JUAN DE SANTO TOMAS, *Introduction à la théologie de Saint Thomas,* Blot Editeur, París, MCMXXVIII, pp. 108 y ss.

[4] Véase CAMPISI, NICOLA, *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica,* C.E.D.A.M., Padua, 1959, p. 40.

[5] MAGGIORE, *op. cit.,* I, p. 309.

[6] Así, v. gr., VON LISZT, *op. cit.,* II, p. 297. En Chile, NOVOA, *op. cit.,* p. 265; LABATUT, *op. cit.,* p. 129; ORTIZ MUÑOZ, *op. cit.,* p. 17.

de éste para provocar un cambio en el mundo exterior. Esto último, o sea, el cambio, algunos autores[1] admiten que sólo se produce en aquellos delitos en que la acción se considera como factor causal, en que debe producirse un resultado distinto de ella, en tanto que otros[2] dan al concepto de "cambio" o "resultado" un alcance tan amplio, que comprende tanto estos últimos casos, como en general todo lo que es externo en la acción, incluyendo el comportamiento mismo.

Se notará que el concepto "causalista" de la acción incluye entre las notas de ésta la circunstancia de que sea "voluntaria", pero esta expresión tiene aquí un sentido completamente distinto del que se le atribuye en la acción "finalista". Lo que aquí exigen por lo general los autores es que el hombre no haya actuado como simple cuerpo,[3] excluyéndose en consecuencia los casos de fuerza irresistible, actos reflejos, etc. Pero se trata de un mínimo de exigencia subjetiva, que algunos, como VON LISZT,[4] reducen a un límite casi biológico: se contentan con la **inervación**, término con el cual la fisiología designa la trasmisión del cerebro a los músculos, a través de los nervios, de la orden de obrar o no obrar. Está por completo ausente la idea de conciencia o de finalidad; en caso de que se exija un resultado, la voluntariedad no se refiere a éste,[5] sino al simple movimiento corporal. Entre nosotros se han hecho esfuerzos por precisar cuál es este mínimo contenido subjetivo de la acción humana; así, BUNSTER[6] cree encontrarlo en lo que él llama la **suitas** (siguiendo el pensamiento de ANTOLISEI),[7] o nexo psíquico, no fisiológico, entre un sujeto y su comportamiento externo, que excluiría los actos reflejos, pero no los instintivos, y NOVOA[8] afirma que la consideración de la voluntad debe quedar absolutamente excluida del concepto de acción, para no estudiarla dos veces (aquí y en la culpabilidad), y que basta que el comportamiento sea **humano** (y no **voluntario**) para que constituya acción, o "conducta", como el autor prefiere decir. Este carácter de "humanidad" estaría representado por la intervención de los centros cerebrales superiores, que podría ser comprobada mediante "mé-

[1] ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 170.

[2] MEZGER, *Tratado,* I, p. 175; SAUER, WILHELM, *Derecho Penal* (Parte General), Barcelona, 1956, p. 116.

[3] SOLER, *op. cit.*, I, p. 264.

[4] VON LISZT, *op. cit.*, II, p. 297.

[5] MEZGER, *Tratado,* I, p. 217.

[6] BUNSTER, ALVARO, "La voluntad del acto delictivo", en Revista de Ciencias Penales, Santiago de Chile, vol. XII, N^{os} 3-4, p. 149.

[7] ANTOLISEI, "La volontá nel reato", Rivista Penale, 1932, fasc. 3, p. 133. Citado por BUNSTER en trabajo indicado en nota 6.

[8] NOVOA, *op. cit.*, p. 273.

todos experimentales neurofisiológicos". Sin embargo, esta concepción, por huir de la psicología, cae en la fisiología, donde el jurista nada tiene que hacer.

La concepción causalista de la acción representa algo más que una simple diferencia metódica con la concepción finalista. Si sólo se tratara de una separación provisional, para mejor estudio, de los aspectos objetivo y subjetivo de la acción, la querella sería en gran parte ociosa. Es el concepto mismo de acción el que aparece, en el causalismo, reducido a lo externo. Más todavía: un absoluto rigor de principio debería llevar incluso a la prescindencia total del elemento subjetivo ("inervación", "suitas", "intervención cerebral"), para tomar como base de juicio penal sólo el movimiento que materialmente apareciera ejecutado por el cuerpo humano.

Pero esta concepción tiene defectos graves, que nos mueven a rechazarla:

1) En primer término, y pese a que también suele denominarse concepción "naturalista" de la acción, este modo de pensar prescinde de aquello que según la observación y la experiencia psicológicas pertenece esencialmente a la acción humana: el finalismo. Prescindir de ello es escindir artificialmente la acción humana, privándola incluso de lo que es más esencial en la misma. Cierto es que "más adelante" viene en consideración la voluntad, pero no ya como integrante del concepto de acción, sino como algo ajeno a ella.

2) En segundo lugar, esta concepción no permite abarcar todos los comportamientos humanos, porque cuando ellos consisten en una mera inactividad (omisión), no son causalmente determinantes desde un punto de vista puramente físico o material, y cuando se deben a simple olvido o inadvertencia, no aparecen ligados con la psiquis por la "suitas" o intervención de los centros cerebrales superiores. La omisión, en suma, sólo puede ser concebida, o como un comportamiento finalista (impregnado de máxima voluntariedad) o como un concepto normativo, es decir, que únicamente puede ser apreciado a la luz de la norma, y no en el solo mundo de la causalidad natural.

3) En seguida, este concepto solamente permitiría identificar como "acción" el movimiento corporal que aparece minuciosa y prolijamente descrito en la ley, lo cual, como se ha dicho, es excepcional. Cuando la actividad del hombre aparece fraccionada en múltiples actos externos, que es lo ordinario, la unificación de estos actos en un solo concepto de "acción" no es posible con el criterio causalista, sino exclusivamente en virtud de la consideración de la voluntad finalista que los unifica.

(¿Por qué el acto de emboscarse pertenece también a la acción de "matar", y no únicamente el oprimir el gatillo?)

4) Finalmente, y desde el ángulo puramente práctico, la concepción finalista de la acción permite resolver diversos problemas, de los que nos ocuparemos en su lugar, relativos a la unidad y pluralidad de delitos, a la tentativa, a la participación, etc., que no reciben solución de un concepto puramente causalista.

El pensamiento finalista ha ejercido profunda influencia en la doctrina moderna, tanto en aquellos que resueltamente lo profesan (WELZEL, MAURACH, BETTIOL), como en otros autores que, rechazando en principio la teoría finalista, han modificado, sin embargo, su concepto de acción de modo que manifiestamente muestra su inclinación en tal sentido (ANTOLISEI, MEZGER).[1]

En España, Iberoamérica y particularmente en Chile, los conceptos y el sistema finalista han tenido una adhesión notable, probablemente superior a la alcanzada en la propia Alemania. Así, siguen esta sistematización y terminología las obras generales más importantes y recientes publicadas entre nosotros, como son las de ENRIQUE CURY, LUIS COUSIÑO y MARIO GARRIDO MONTT.[2]

EL EFECTO DE LA ACCION: EL RESULTADO

Hemos señalado que la ley penal se refiere a veces a la acción humana considerada en sí misma, y otras veces a la acción humana como causa de otro evento, distinto de ella, al que se da el nombre de **resultado**. En el delito de injuria, por ejemplo, la incriminación está referida a la sola acción humana (proferir palabras ofensivas), en tanto que en el delito de homicidio la acción humana aparece sancionada en cuanto ha sido causa de un evento distinto y posterior (la acción consistió en lanzar una pedrada; el resultado, en la muerte de quien la recibió). En verdad, en el fondo siempre la acción humana es sancionada por la ley en atención a las consecuencias que de ella se siguen, pero a veces la consideración de estas consecuencias permanece sólo en el pensamiento legislativo, y en la ley se hace referencia únicamente a la acción misma. Otras veces, en cambio, se exige la efectiva verificación de tales

[1] ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 165-166; MEZGER, *L. de Estudio*, I, p. 88.

[2] CURY, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1982; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1975; GARRIDO MONTT, *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

efectos para que la acción sea punible. Esta distinción nos permite una clasificación de los delitos desde el punto de vista de la acción: los delitos en los cuales se exige únicamente la acción se llaman delitos **formales** y aquellos en que se requiere la producción de un efecto distinto de la acción, o resultado, se llaman delitos **materiales.**

Los delitos **formales**, a su vez, pueden consistir en un comportamiento finalista activo (acción en sentido estricto) o pasivo (omisión). Según eso, se dividen en delitos de **mera actividad** y en delitos de **omisión simple**.

En cuanto a los delitos **materiales**, en ellos se considera la acción humana como **causa** de un resultado. Aparte de establecer la naturaleza misma del vínculo causal (que ha dado origen a un debate interminable), no es difícil de admitir el concepto de una relación causal entre una **acción** en sentido estricto, y un **resultado.** La situación no es la misma tratándose de la **omisión**. Siendo ella físicamente una mera pasividad, no es tan fácil concebir cómo ella puede haber promovido un resultado o haber tenido influencia en una modificación en el mundo exterior o en el desencadenamiento de procesos causales en que unos fenómenos van acarreando otros en forma dinámica. Cuando la acción ha consistido en un **hacer** que ha acarreado un resultado, la doctrina habla de delitos de **comisión**. Cuando el resultado se atribuye a una **omisión**, se dice que se trata de delitos de **comisión por omisión**. Así, cuando la ley sanciona un resultado sin restringir la modalidad de conducta humana que lo ocasiona, como ocurre en el homicidio, donde se castiga el hecho de "matar" a otro (esto es, causarle la muerte), este resultado se mira generalmente como susceptible de ser producido por "acción" (disparo de arma de fuego) o por **omisión** (no alimentar al prisionero que está a cargo de sus guardianes). En el primer caso, el homicidio sería un delito de **comisión**, en el segundo, uno de **comisión por omisión**. Mirada la situación desde el punto de vista de la omisión, se habla de delitos de **omisión propia** (aquellos que hemos denominado de **omisión simple**) y de **omisión impropia** (equivalentes a los de **comisión por omisión**).

La admisibilidad de sancionar los delitos de resultado en aquellos casos en que el agente no ha obrado, sólo se obtiene por la conjugación de dos elementos: uno **normativo** (el agente **tenía el deber de obrar**) y otro **objetivo** (la ausencia de la acción **provocó** el resultado). Lo primero puede ser determinado por la ley o la doctrina (cuándo se está obligado a obrar), pero lo segundo resulta imposible, ya que nunca podrá afirmarse con entera certeza que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Rara vez los textos legales se ocupan en la Parte Especial de los delitos de comisión por omisión: el concepto es fruto de la doctrina y

de la jurisprudencia. Tampoco existe una reglamentación general en la ley chilena. La doctrina nacional, sin embargo, al igual que la española y la alemana, no ve inconveniente en la aceptación de esta clase de delitos, y se recurre para afirmar la relación de causalidad a la doctrina de la equivalencia de las condiciones (de la que nos ocupamos más adelante) formulada de modo negativo. La jurisprudencia nacional no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta clase de infracciones. Por lo excepcional, puede mencionarse un caso en que se sancionó como autora de infanticidio a una madre que, habiendo caído a un pozo su criatura recién dada a luz, no la saca del pozo y la deja perecer (caso *Contra Berta Herrera,* Corte de Concepción, 1939, GT, 1939-2, 174-779).

El Código Penal Italiano (Art. 40) dispone que "no impedir un resultado que se tiene el deber jurídico de impedir, equivale a causarlo". Ello no resuelve la dificultad, ya que exige tener un criterio para decidir cuándo puede afirmarse que el agente **podía impedir** el resultado. Desde la reforma de 1975, el artículo 13, párrafo 1) del Código Penal Alemán reza: "Quien omite evitar un resultado perteneciente al tipo legal es punible conforme a esta ley sólo cuando ha debido responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo legal mediante un obrar". Tampoco esta fórmula es satisfactoria, aunque es mejor que la del Código Italiano, y la parte que se reserva siempre a la apreciación jurisprudencial de cada caso se refleja en el hecho de que el párrafo 2) del mismo artículo autoriza al tribunal una atenuación discrecional de pena para estas situaciones.

Volveremos sobre este tema más adelante, al ocuparnos de la omisión y sus problemas.

En ciertos casos (muerte, lesiones), el resultado es algo perfectamente determinable en el mundo de la naturaleza, pero con frecuencia (perjuicio, en la estafa; nulidad del procedimiento, en la prevaricación), el resultado es un concepto que debe ser valorado jurídicamente.

La exigencia de un resultado como efecto de la acción indica que, recíprocamente, para servir de base al juicio penal es preciso en tales casos que la acción haya sido **causa** del resultado.

¿Cuándo puede decirse que una acción ha sido causa de un resultado? Esta pregunta ha dado origen a la debatida cuestión de la causalidad penal. Históricamente, el problema se conocía bajo un aspecto restringido: se planteaba únicamente dentro del problema de la **lethalitas vulneris**,[1] que

[1] Acerca del desarrollo histórico de la teoría de la relación causal, véase HUERTA FERRER, ANTONIO, *La relación de causalidad en la teoría del delito,* Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948.

era una cuestión particular dentro del delito de homicidio. Acontecía a veces que un individuo hería a otro, y que la víctima no fallecía inmediatamente, sino pasado cierto tiempo, y ocasionalmente intervenían entretanto otros factores: una fiebre o gangrena que complicaba la herida, negligencia de la propia víctima o de los médicos, etc., Era entonces necesario precisar si la herida debía o no considerarse causa de la muerte. Este es el ámbito en que el problema se mantiene hasta un comentarista tan reciente como PACHECO. La formulación del problema causal como una cuestión relativa a **todo** delito, dentro de la teoría de la acción, se debe inicialmente a VON BURI[1] y fue desarrollado posteriormente por todos los penalistas hasta proporciones que con justicia SOLER califica de "teratológicas".[2]

En verdad, tiene razón SOLER[3] cuando advierte que aquí se trata de dilucidar el problema de la causalidad en el terreno **jurídico**, y no en el terreno filosófico, ni en el de las ciencias naturales. Tanto el ángulo de enfoque como la extensión del concepto son diferentes en uno y otro caso, porque los objetos de estas disciplinas científicas son distintos. En primer término, debe observarse que el problema de la relación causal debe plantearse entre una **acción** (suponemos previamente, en consecuencia que ha existido un comportamiento y una voluntad finalista) y un **resultado**. El derecho penal sólo busca acciones voluntarias que fundamenten responsabilidad directa. La acción no es mero movimiento, sino éste dirigido por la voluntad.

En seguida, anotaremos que el hombre, sobre la base de su experiencia, advierte que ciertos hechos (su propia actividad externa, o bien fenómenos naturales) son invariablemente seguidos por otros, en determinadas circunstancias. La actividad finalista se determina, por consiguiente, por el conocimiento de que ella será seguida, sola (rarísima excepción) o aprovechando los fenómenos naturales, por determinados eventos, con mayor o menor grado de probabilidad. Dentro del plano de la sola ciencia jurídica no podemos afirmar un vínculo intrínseco de causalidad entre la acción humana y un resultado, pero sí podemos afirmar un vínculo de **previsibilidad**. Esta previsibilidad debe determinarse objetivamente, al momento de realizarse la acción. Si en ese momento, sobre la base de la experiencia y de la ciencia (que también llega a sus conclusiones sobre la base de aquélla), era **previsible** que el compor-

[1] VON BURI, *Zur Lehre von der Toedtung,* Goltdammers Archiv. 11 (1863), pp. 753-765 y 797-806; XII (1864), pp. 3-10. Véase HUERTA FERRER, *op. cit.,* pp. 75-82, texto y notas.

[2] SOLER, *op. cit.,* I, p. 282, n. 10.

[3] Idem, pp. 280 y ss.

tamiento de un hombre sería seguido por un evento determinado (resultado), entonces ese comportamiento ha sido causa de ese resultado, para el derecho penal. Pero esta previsibilidad no significa necesariamente la efectiva previsión del resultado por parte del que obró, sino que es un juicio **objetivo**, pronunciado en la práctica **a posteriori** por el juez, atendiendo a las circunstancias (conocidas o no del hechor) que existían al momento de obrar y el juicio de la experiencia común y de la ciencia sobre lo que era de esperar en esas circunstancias. Por cierto, el resultado de este juicio puede ser que el acontecimiento era previsible con certeza moral, o con cierto grado de probabilidad, o bien como remotísima posibilidad. Esto no obsta a que en todos los casos se afirme la relación de previsibilidad, aunque los efectos del grado de certeza serán diferentes en lo que a responsabilidad criminal se refiere.

En resumen, para los efectos jurídico-penales, "causalidad" es **previsibilidad objetiva.** La ciencia jurídica no puede pronunciarse acerca de la esencia filosófica ni la "natural" de la causalidad, sino de establecer los requisitos para que un resultado típico pueda ser **objetivamente** atribuido a una acción humana.

Distinto es el enfoque del problema con un concepto puramente causalista. Como aquí la acción aparece amputada de su parte esencial, que es la voluntad, el vínculo causal se busca sólo entre el movimiento corporal y el resultado producido, o sea, se considera exclusivamente la acción como uno más de los fenómenos naturales, y se pretende resolver el problema causal con el mismo criterio con que las ciencias naturales resuelven análogo problema en su ámbito de estudio. Las doctrinas o teorías que pretenden explicar la vinculación causal han proliferado en proporción exasperante, pero con dudoso éxito. En general, estas teorías pueden dividirse entre aquellas que distinguen, de los factores concurrentes a la producción de un evento, entre los verdaderamente decisivos (causas) y los meramente coadyuvantes (condiciones) y las que no hacen tal distingo. Las principales son:

TEORIAS NATURALISTAS DE LA CAUSALIDAD

1. Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la **conditio sine qua non**. Fue enunciada primeramente por VON BURI, aunque sus raíces filosóficas pueden encontrarse en el positivismo de STUART MILL.[1] De gran aceptación en Alemania, fue llevada a su máximo desenvolvimien-

[1] MILL, JOHN STUART, *Système de Logique,* trad. de LOUIS PEISSE, París.

to por VON LISZT, y a través del pensamiento alemán ha influido en la doctrina española y en el pensamiento jurídico hispanoamericano. Entre nosotros, son partidarios de esta teoría ORTIZ MUÑOZ,[1] LABATUT,[2] DRAPKIN[3] y NOVOA.[4] En obras más recientes la doctrina nacional concluye por aceptar también esta teoría, aunque reduciendo su campo de aplicación y acotándola con restricciones: tal es el caso de CURY,[5] COUSIÑO[6] y GARRIDO MONTT.[7] Ha sido más resistida en Italia.

De acuerdo con esta teoría, todo lo que acontece se debe a la concurrencia simultánea de múltiples factores conjugados en un lugar y momento dados. Este conjunto de factores es la **causa** del resultado. Pero al derecho no le interesa todo el conjunto, sino únicamente las acciones humanas. Si entre esos factores se encuentra un movimiento corporal humano, quiere decir que ese movimiento es la **causa** del resultado. ¿Y cómo saber si un movimiento corporal humano ha sido uno de los factores concurrentes en la producción del resultado? Bastará con suprimirlo **mentalmente**; si suprimido en esta forma el movimiento humano, desaparece igualmente el resultado, quiere decir que aquél fue necesario para que el resultado se produjera y, por lo tanto, es causa de éste. Este criterio de la supresión mental hipotética es la contribución de THYREN a la formulación de esta teoría. Como sin la actividad humana el resultado no se habría producido, dicha actividad es una condición indispensable, y por tal motivo se conoce también esta teoría como la de la **conditio sine qua non.** Es de observar que para esta teoría todo aquello que no puede suprimirse mentalmente sin que desaparezca también el resultado, es causa, y por lo tanto no se distingue entre ellas una mayor o menor virtud causal: son todas iguales y todas necesarias para que el resultado se produzca. De ahí la **equivalencia de las condiciones.**

La causalidad, para esta doctrina, se determina por el hecho de que el factor más próximo siga dependiendo del más remoto sin solución de continuidad. Si alguien hiere a un navegante, lo deja abandonado en su embarcación, aquél no puede gobernarla cuando se levanta el viento, la barca zozobra y el herido se ahoga, hay que afirmar que en-

[1] ORTIZ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 27.

[2] LABATUT, *op. cit.*, I, p. 133.

[3] DRAPKIN, ABRAHAM, *Relación de causalidad y delito,* Editorial Cruz del Sur, Santiago, 1943.

[4] NOVOA, *op. cit.*, p. 299.

[5] CURY, *op. cit.*, I, p. 247.

[6] COUSIÑO, *op. cit.*, I, p. 372.

[7] GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 68 (como criterio de causalidad "natural").

tre la herida y la muerte **hay** relación de causalidad, pues suprimida mentalmente la herida se van sucesivamente suprimiendo también los acontecimientos posteriores que culminan en el resultado. Solamente se interrumpe el nexo causal por la intervención de una nueva serie de causas independientes, que por sí solas basten para la producción del resultado, como si se administra a una persona un veneno que va a surtir efecto varias horas después y en el intervalo el sujeto fallece atropellado por un automóvil.[1]

A esta doctrina suele objetársele, en primer término, la enorme extensión que se da al nexo causal, que llega a convertirse en un verdadero "nexo mundial",[2] ya que la cadena de la causalidad es infinita en el tiempo, y esta teoría no nos permite detenernos en este retroceso. BINDING, BELING, ANTOLISEI,[3] insisten en este aspecto. Los partidarios de esta teoría responden que ningún inconveniente hay en aceptar la extensión del vínculo causal, dado que él no servirá por sí solo para determinar la responsabilidad penal, sino que habrá posteriormente que examinar si concurren o no los restantes factores que la ley exige, especialmente la culpabilidad. Sólo se trataría de establecer un vínculo primario indispensable, puramente objetivo, para que nos sirviera de punto de partida en el examen de los restantes elementos del delito. Pero esta respuesta no es del todo satisfactoria en aquellos casos de delitos "calificados por el resultado", que más adelante se estudiarán, como es el caso del Art. 474, inciso 3°, en que la responsabilidad penal se fundamenta en la sola relación de causalidad, sin ninguna otra exigencia, y en los cuales la aceptación de la teoría de la **conditio** extendería la responsabilidad penal a extremos incalculables.

Además, el criterio de la supresión mental significa una verdadera petición de principio. Resulta imposible afirmar que suprimiendo mentalmente una acción desaparezca también otro hecho, si previamente no damos por sentado que existe entre ellos un vínculo causal. Se trata en realidad sólo de un juicio de experiencia, basado en lo que ordinariamente ha ocurrido otras veces. Respecto de dos fenómenos que se ven por primera y única vez, es imposible afirmar o negar la relación causal mediante la supresión mental.

2. TEORÍA DE LA CAUSA ADECUADA. Expuesta en Alemania por VON KRIES, ha encontrado entusiasta acogida en Italia, donde es tal vez la concep-

[1] VON LISZT, *op. cit.*, II, p. 306.

[2] VON HIPPEL, ROBERT, *Deutsches Strafrechts*, Springer, Berlín, 1930, II, pp. 145 y ss. Véase HUERTA FERRER, *op. cit.*, pp. 119-120.

[3] ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 178.

ción predominante. Se destaca entre sus partidarios GRISPIGNI.[1] **Esta teoría admite que en un resultado concurren muchos factores, pero niega** que todos tengan la misma importancia. Distingue, por lo tanto, **entre causas** y **condiciones.** Sostiene esta doctrina que el concepto **de causa** supone el de constancia y uniformidad. Sólo si nuestra **experiencia,** sobre la base de lo que ordinariamente ocurre, nos muestra que un **acto** humano va seguido de determinado resultado, podemos decir que **ese** acto es causa de ese resultado. Si un resultado se ha seguido de una acción que ordinariamente no va unida a él, quiere decir que hay otros factores que han sido los verdaderamente determinantes en la producción del resultado. Para que una condición, en suma, sea llamada **causa**, es preciso que regularmente conduzca a un resultado, lo que se expresa también diciendo que debe ser **adecuada** para la producción del resultado.

Para decidir si una acción está o no ligada en forma regular con un resultado, se han propuesto tres criterios: a) VON KRIES hace radicar esta relación en una previsibilidad subjetiva, colocándose en el punto de vista del sujeto en el momento de obrar; b) THON estima que el juicio debe pronunciarse por el juez desde el punto de vista de un hombre normal en el momento de obrar, y c) Para TRAEGER, la previsibilidad la determina el perito, con la suma de conocimientos causales que la ciencia proporciona.[2]

A esta doctrina se objeta la inutilidad de especular acerca de la mayor o menor probabilidad de que acaezca un resultado, cuando de hecho éste ya se ha producido. Además, dejaría fuera del vínculo causal aquellos casos en que el hechor, a sabiendas, se ha aprovechado de una circunstancia excepcionalísima para ocasionar el resultado, que ordinariamente no debería producirse. Por fin, los partidarios de la *conditio* reprochan a esta teoría el abandonar el plano estrictamente objetivo para introducir prematuramente una consideración subjetiva: la previsibilidad.

3. TEORÍA DE LA CAUSA NECESARIA. Es la posición extrema de quienes distinguen entre causa y condición. Para esta doctrina, defendida por RANIERI, causa es solamente aquella acción a la cual sigue un resultado, no sólo de modo regular, sino de modo necesario y absoluto. Esta doctrina, poco favorecida por los autores, tiene, sin embargo, importancia

[1] GRISPIGNI, *op. cit.*, II, pp. 85 y ss.

[2] TRAEGER, *Der Kausalbegriff um Straf-und Zivilrecht,* citado por HUERTA FERRER, *op. cit.*, p. 128, N° 29.

para nosotros, ya que, como veremos, se ha pensado que es la que inspira a la ley chilena.

4. DOCTRINA DE LA RELEVANCIA. Su más destacado sostenedor es MEZGER, para el cual la categoría causal de un evento estaría determinada por dos factores: a) Su naturaleza causal, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, y b) su relevancia jurídica, conforme a la tipicidad legal.

La teoría de MEZGER sale ya del plano estrictamente material para entrar parcialmente en el terreno de lo valorativo. La doctrina moderna se va orientando en este sentido.

TEORIAS JURIDICAS DE LA CAUSALIDAD

1. TEORÍA DE LA CAUSA TÍPICA. Su formulador es BELING, para quien el punto de partida de una concepción causal no puede verse en los hechos, sino en los preceptos legales. Enfrentados con un problema causal, debemos partir de la descripción concreta que la ley haga de la particular figura delictiva, especialmente a través del verbo rector de la misma. De este modo, el problema desaparecerá en los delitos formales, y en los materiales, variará con cada figura. En algunas, la forma de expresarse de la ley se contentará con poner una condición cualquiera que contribuya al resultado; en otros, como "matar", "incendiar", exigirá una contribución mayor. La teoría de la causalidad, en consecuencia, pertenece más bien a la Parte Especial, dentro de cada delito, y no a la Parte General.

2. TEORÍA DE LA CAUSA HUMANA. Se debe a ANTOLISEI,[1] el jurista que ha estudiado tal vez con mayor profundidad el problema del nexo causal. Para él, la vinculación no debe buscarse entre un movimiento corporal y un resultado, sino entre este último y un hombre como su autor. El causalismo mecánico no puede responder a esta cuestión, ya que prescinde de la facultad del hombre para incorporar a su actuar las fuerzas causales de la naturaleza, sirviéndose de ellas, encauzándolas y dominándolas. En consecuencia, para que un hombre pueda ser considerado autor de un resultado, es preciso que las condiciones que contribuyeron a su producción hayan sido aprovechadas o dominadas

[1] ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 180 y ss.; *Il raporto di causalitá nel diritto penale,* G. GIAPPICHELLI, Turín, 1960 (reimpresión).

por aquél. Dentro de este margen, se le atribuyen tales condiciones al hombre como autor, despreciando sólo las excepcionalísimas, que presentan una muy remota probabilidad de verificación.

3. Teorías de Grispigni y Maggiore. Para GRISPIGNI, causa, jurídicamente, sólo puede entenderse en forma normativa, esto es, considerando a la vez el conjunto de circunstancias en que se obró y lo que la norma quería del hombre en ese momento. La relevancia causal de la conducta humana puede afirmarse sobre la base del conjunto de circunstancias en que se produjo, y teniendo en cuenta la previsibilidad de las consecuencias, sobre la base de la experiencia.[1] En cuanto a MAGGIORE,[2] sostiene que la causalidad jurídica es diferente de la filosófica y la de las ciencias naturales. Causas, jurídicamente, son sólo las humanas. La indagación jurídica tiene como fin práctico la búsqueda de un sujeto de imputación, lo que en último término es un problema psicológico. Los hechos absolutamente imprevisibles deben tenerse por no causados jurídicamente.

4. Teoría de Soler. Construye SOLER[3] su doctrina sobre la base de un requisito mínimo: para evitar vinculaciones arbitrarias entre un hombre y un hecho totalmente desligado de él, debe exigirse como requisito primero un vínculo de **conditio sine qua non** entre su acción y el resultado. Si no se da esta exigencia mínima, no hay causalidad posible. Si ella se da, en cambio, no podemos sin más afirmar la causalidad. Como próximo paso, en la dirección de MAYER y de BELING, debe reducirse el problema a sus justas proporciones jurídicas, atendiendo a la voluntad de la ley en cada caso, que a veces se satisface con una contribución causal reducida, y otras veces exige un aporte mucho mayor. Del mismo modo, es preciso tener en cuenta que el poder de causación del hombre no se agota en su movimiento corporal, sino que se extiende a los procesos de la naturaleza que puede dirigir o aprovechar. La acción humana es libre, en el sentido de que se orienta por valores espirituales y no por fuerzas ciegas superiores a ella. En consecuencia, esta diferencia cualitativa entre la acción humana y los demás factores concurrentes debe ser apreciada por el juez, no con un simple criterio de supresión mental (**sublata causa tollitur effectus**), sino también apreciando la medida en que la efectiva concurrencia de los facto-

[1] GRISPIGNI, *op. cit., Corso di Diritto Penale* (1934).
[2] MAGGIORE, *op. cit.*, I, pp. 329 y ss.
[3] SOLER, *op. cit.*, I, pp. 294 y ss.

res determinantes fue provocada, calculada, dirigida o aprovechada por el sujeto. La causalidad que se debe computar es la causalidad intelectualizada, la puesta por el hombre a su servicio. Por esta razón, para imputar un resultado a un sujeto como su autor (aun antes de considerar la culpabilidad) debe "racionalizarse" el resultado, y preguntarse si el evento es el producto de la ciega causalidad de las fuerzas físicas, o si la razón humana lo previó, lo quiso e influyó en su producción, poniendo condiciones nuevas o dirigiendo las ya existentes. En este juicio habrá que tener en consideración todos los factores: la experiencia regular, el cálculo del sujeto, y en general, la suma de conocimientos existente acerca de la marcha de los factores concurrentes al resultado.

LA RELACION DE CAUSALIDAD EN LA LEY CHILENA

La ley chilena no se ha referido específicamente al problema de la causalidad. Se ha sostenido,[1] sobre la base del texto del Art. 126 del C. de Procedimiento Penal, y de algunas notas de LIRA y BALLESTEROS, redactores de dicho código, que nuestra ley se inclinaría por la doctrina de la causa **necesaria.** El artículo en cuestión dispone que los médicos deben expresar en sus informes periciales en caso de homicidio "las causas inmediatas que hayan producido la muerte y las que hayan dado origen a ésta", y luego, para el caso de que existan lesiones, deben indicar, si son obra de un tercero, "si en tal caso la muerte ha sido la consecuencia necesaria de tal acto, o si ha contribuido a ella alguna particularidad inherente a la persona, o un estado especial de la misma, o circunstancias accidentales, o en general cualquiera otra causa ayudada eficazmente por el acto del tercero", y luego, "si habría podido impedirse la muerte con socorros oportunos y eficaces". DRAPKIN[2] afirma que dichos textos legales no son base suficiente para sostener que la ley se pronuncie por la doctrina de la causa necesaria, ya que solamente indican lo que el médico debe informar al juez, pero no las consecuencias jurídicas que de tales conclusiones se deriven. Si el médico estima, v. gr., que la muerte no ha sido "consecuencia necesaria" de las lesiones, no se desprende de ello que el juez debe declarar inexistente el nexo causal. Por otra parte, si solamente importara la causa necesaria, no habría necesidad de que el médico se pronunciara en seguida acerca de la influencia de las particulares circunstancias del caso y de si

[1] Véanse DRAPKIN, *op. cit.*, pp. 39 y ss. y NOVOA, *op. cit.*, p. 295, Nº 5.
[2] DRAPKIN, *op. cit.*, p. 40.

un socorro oportuno habría podido evitar la muerte. Se trata sólo de proporcionar al tribunal la mayor información posible, que permitirá un juicio más acertado acerca de todos los elementos del delito en relación con el hecho concreto que se juzga.

En numerosas oportunidades el Código Penal emplea expresiones que aluden al vínculo causal directamente, como "causar", "a consecuencias", "de resultas", "ocasionare", "resultare" y otras semejantes,[1] aparte de aquellos casos en que la sola mención de un resultado ("matar") implica un vínculo causal. Estas expresiones están empleadas en su sentido natural y obvio, no técnico, que coincide aproximadamente con el uso general de las mismas. El vínculo causal, desde luego, aparece establecido entre una acción humana (siempre las consecuencias "resultan" de una acción) y un resultado, y no entre éste y un "conjunto de factores". Luego, la acción humana aparece en tales casos como un factor dinámico y desencadenante, que tiene la virtud de dar el ser a una situación de hecho que antes no existía. Pero en el Art. 10 Nº 12, la expresión "causa" no está tomada en el mismo sentido. Allí se declara exento de responsabilidad "al que incurre en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima o insuperable". La "causa insuperable" no es aquí un factor dinámico, que dé el ser a algo, ya que externamente la omisión será un no-ser. Aquí sí que la ley parece referirse al conjunto de factores o circunstancias que impiden a la persona obrar, que pueden o no consistir en acciones de otros hombres, y que pueden ser también factores pasivos, preexistentes (una parálisis, v. gr.). En suma, nuestra ley no emplea los términos causales en un sentido técnico y unívoco.

Sin embargo, ello no nos deja en absoluta libertad para profesar, dentro de la ley chilena, cualquiera teoría en materia de causalidad. El texto legal nos parece incompatible con la teoría de la equivalencia de las condiciones. La sola circunstancia de que el Código Penal, al emplear las expresiones "de resultas", etc., siempre establezca una vinculación entre una acción y un resultado, no sería argumento suficiente para demostrar nuestra afirmación, ya que está claro que la ley sólo se interesa en las acciones humanas y no en el conjunto de factores causales, de los cuales bien podría prescindir en los tipos legales. Pero el Art. 10 Nº 8º declara exento de responsabilidad "al que, con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente". Aquí la ley emplea dos voces distintas, y no por razones de eufonía, ya que no son sinónimas, para referirse, en ambos casos, a

[1] NOVOA, *op. cit.*, p. 303, sostiene que ante la ley chilena es valedera la teoría de la *conditio*. Se inclina también por este punto de vista DRAPKIN, *op. cit.*.

acciones humanas, que según la teoría de la **conditio**, tendrían idéntico valor causal. Una de ellas, la ejecución de un acto lícito; la otra, el hecho mismo dañoso. Y sin embargo, a la primera la ley llama **ocasión**, y sólo a la segunda, **causa**. Muestra así que para ella no todas las condiciones, no todos los factores concurrentes equivalen ni tienen la misma importancia.

Pero es sin duda el Art. 126 del C. de Procedimiento Penal el que más claramente muestra el rechazo de la ley chilena hacia la teoría de la **conditio**. Concordamos con DRAPKIN en que dicho precepto no muestra adhesión por la teoría de la causa necesaria, pero estimamos, en cambio, que sí muestra discrepancia con la doctrina de la **conditio**. En efecto, el tenor de la disposición comentada distingue, para comenzar, entre las causas "directas", a las cuales se les atribuye "haber producido la muerte", y las otras, que podríamos llamar "indirectas", a las que se atribuye "haber dado origen a la muerte". Luego, no todas las causas están en un mismo plano de importancia. En seguida, para el caso de que se observen en el cadáver lesiones que sean obra de un tercero, debe determinarse "si la muerte ha sido consecuencia necesaria de tal acto, o si ha contribuido a ella alguna particularidad inherente a la persona, o un estado especial de la misma, o circunstancias accidentales, o en general cualquiera otra causa ayudada eficazmente por el acto del tercero". De este párrafo se desprende que el acto del tercero será causa a veces, y otras veces representará sólo una "ayuda eficaz" a "cualquiera otra causa". Si la ayuda es "eficaz", quiere decir que ha influido en la producción del resultado, y en consecuencia, para la teoría de la **conditio**, debería ser **causa.** Para la ley, sin embargo, es sólo **ayuda eficaz** de otro factor que es la **causa**.

Otro argumento lo encontramos en el caso del Art. 393. Se sanciona allí el delito de "cooperación o auxilio al suicidio", en los siguientes términos:

"El que, con conocimiento de causa, prestare auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de..."

El que presta auxilio a otro para que se suicide, dentro de la teoría de la **conditio**, sin duda pone una **causa** del resultado, ya que sin su auxilio la muerte no se habría verificado. Como además obra, con respecto a la muerte, en situación de dolo (con pleno conocimiento y voluntad), esto debería derechamente ser considerado un homicidio simple o calificado. Pero para la ley esta acción no es **matar**, sino una acción distinta, menos grave y punible a diferente título. Luego, cuando la ley describe el homicidio como **matar**, o sea, causar la muerte, no quiere decir simplemente "poner una condición para el resultado muerte", sino mucho más que eso.

En suma, nuestra ley no nos obliga a adherir a una concepción determinada sobre la causalidad. Estamos en libertad para profesar cualquiera, dentro de la lógica jurídica, que no sea incompatible con el texto de aquélla y que presente razonable utilidad. Nos parece el más conveniente el que hemos expuesto más arriba, que hemos denominado de la **previsibilidad objetiva**.

IMPUTACION OBJETIVA

A partir de la década de 1970, la doctrina alemana ha desarrollado la noción de "imputación objetiva", aunque su origen es anterior. Este concepto se presenta como sustitutivo de la exigencia de relación de causalidad, aunque en rigor es más bien una acotación de la misma, pues sus criterios entran a aplicarse a situaciones en las cuales se ha dado ya por establecida la relación de causalidad ("creación" de un peligro y "producción" de un resultado conforme al mismo, enunciados ambos que dan por supuesta la relación de causalidad). Se trata en verdad de señalar criterios jurídico-valorativos para juzgar acerca de las condiciones necesarias para imputar un determinado resultado a una persona, dejando de lado la mera causalidad "natural" como único vínculo objetivo entre una persona y un resultado típico acaecido.

Se encuentra esta concepción, por lo tanto, en la línea de las que hemos llamado "teorías jurídicas" sobre la causalidad. Su noción fundamental radica en la llamada "creación de un peligro" (o de un riesgo), que restringe la imputación de un resultado al sujeto que creó un riesgo inexistente o bien aumentó un riesgo ya existente, pero permitido por la ley dentro de ciertos límites que el agente sobrepasa. Por el contrario, no existiría imputación de un resultado cuando éste proviniera de un peligro ya existente y no provocado por el agente, y éste no hubiera contribuido a aumentarlo. Más discutido es el caso en que el agente obra para **evitar** o **disminuir** un peligro ya existente, y esta acción provoca un resultado típico. Puede ocurrir que el resultado efectivamente producido sea de menor gravedad que aquel que se quiso evitar, o por el contrario, que sea de igual o mayor gravedad. Estas situaciones obligan a las mismas lucubraciones sobre los cursos causales hipotéticos en caso de que el agente **no hubiere actuado**, con idénticas dificultades a las que se producen en relación con la teoría de la equivalencia de las condiciones, e igualmente a determinar la posible o efectiva representación, por parte del agente, de la probabilidad de producción del resultado que se intentó evitar y del que efectivamente se produjo. Con ello nos parece que la imputación deja de tener el carácter de **ob-**

jetiva que reclama. En efecto, desde el punto de vista *objetivo* debería imputarse igualmente (o no imputarse) el resultado producido, sea que éste tuviera mayor o menor gravedad que el resultado que se frustró, conclusión que no es aceptada por quienes han desarrollado esta noción.

La teoría de la **imputación objetiva**, todavía **in fieri**, puede prestar sus mejores servicios en el terreno de los delitos **culposos** y los de peligro. Debe advertirse que en los ejemplos que sus partidarios proponen y analizan, casi siempre se trata del delito de homicidio y específicamente de homicidios en que pudiere imputarse imprudencia, y en todo caso, de situaciones de poco frecuente ocurrencia. Ello no basta, naturalmente, para desechar la teoría, pero sí para hacer dudar acerca de la posibilidad de que se constituya en criterio de imputación general para todos los delitos.

Desarrollada en Alemania por ROXIN, esta doctrina encuentra su principal representante dentro de la doctrina española en MIR PUIG, y entre nosotros, en BUSTOS[1].

DELITOS DE OMISION

1. El concepto de "omisión"

Se ha hecho observar que la definición de "delito" en el Art. 1° del Código Penal incluye expresamente en ella tanto a la "acción" como a la "omisión", a las que se menciona separadamente. No obstante, al analizar sus elementos constitutivos, la omisión no resulta enteramente equiparable a la acción. En efecto, la acción consta de dos elementos: el comportamiento externo y la voluntad final que lo inspira. El primero de ellos es externamente perceptible; el segundo se deduce de las circunstancias o de las propias manifestaciones del agente. En la omisión, por el contrario, **no existe un comportamiento externo perceptible como tal omisión**. La pasividad del sujeto, o bien su ocupación en otra actividad, sólo es percibida como omisión por contraste con un actuar que no se verificó, pero que se esperaba o debía realizarse, lo que introduce inmediatamente un elemento **normativo** en el concepto mismo de omisión. Esta última no es mera pasividad, sino omisión **de algo**. Las acciones no ejecutadas por una persona son en verdad infinitas, siem-

[1] MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal,* Parte General, Barcelona, 1985; BUSTOS, JUAN (y LARRAU, ELENA), *La Imputación Objetiva,* Bogotá, 1989. Entre nosotros, puede encontrarse una exposición más detallada del tema en GARRIDO MONTT, *op. cit.,* pp. 68 y ss.

pre muy superiores en número a las que efectivamente realiza, aun restringiéndonos solamente a las que **podía** (potencialmente) realizar. Pero no todas son calificadas de omisiones.

Como primer elemento de la omisión debemos retener, en consecuencia, que sólo puede incurrir en omisiones la persona **que está jurídicamente obligada a realizar determinadas acciones**.

No siempre se ha aceptado este punto de vista. Quienes buscan un concepto puramente "natural" de omisión señalan otros criterios. Así, creen algunos que la omisión radicaría en permitir que el curso causal se oriente de acuerdo a los fines del agente.[1] Con razón se ha objetado a este punto de vista la extensión desmesurada que da a la omisión. Con un criterio finalista, WELZEL[2] señala que **ontológicamente la omisión no es acción**, y por lo tanto la problemática de ésta y sus eventuales soluciones no pueden trasladarse sin más al campo de la omisión. Sostiene que la omisión es la no producción de una finalidad potencial (posible) de un hombre en relación con una determinada acción. No se necesitaría una voluntad actual, sino que bastaría con una que fuera posible. "A la omisión no le es propia ni la causalidad, ni la finalidad (actual)."

Pero el punto de vista de WELZEL no resulta del todo satisfactorio. En primer término, el campo de las omisiones no se ha reducido gran cosa, pues si bien el número de acciones realmente posibles será inferior a las acciones no realizadas, siempre se tratará de un número indefinidamente grande para nuestra imaginación. Además, al negarse la concurrencia de una finalidad actual, se admite en las omisiones la falta de "dolo de hecho" (lo que hemos llamado "voluntad finalista"), propio de los delitos de acción.

En la doctrina nacional, CURY[3] adhiere a la posición de WELZEL y ARMIN KAUFMANN, y rechaza la concepción puramente normativa de la omisión, como también la idea de MAYER, que entiende asimilar la omisión a la acción. Así, CURY cree ver el elemento interno final de la omisión en un "no-dolo": según sus palabras, no exteriorizar una finalidad que se podía actuar. Obsérvese que dentro de esta terminología viene resultando que en los delitos de omisión la ley ordenaría al sujeto obrar con dolo, y la realización del tipo penado se debe a que no se puso ese dolo. La idea de CURY es enteramente comprensible, pero a nuestro juicio la terminología que su sistema le obliga a emplear pone de mani-

[1] MAYER, HELLMUTH, en cita de RODRIGUEZ MUÑOZ, en nota a la traducción del *Tratado* de MEZGER, t. I, p. 15, VI.

[2] WELZEL, *Derecho Penal Alemán,* p. 276.

[3] CURY, *op. cit.,* II, pp. 295 y ss.

fiesto la inconveniencia de identificar "voluntad final" con "dolo" sin valorar previamente aquélla. Pero si la finalidad en las omisiones se hace radicar en la **finalidad posible ausente** y no en una **finalidad real** presente en la psiquis del agente, entonces las finalidades son tan indeterminadamente numerosas como las acciones posibles. Así parece entenderlo el propio CURY, cuando señala textualmente: "Da lo mismo que el sujeto sea o no consciente de que cuenta con el dominio final. Para que haya omisión, basta con que lo tenga". Si hemos comprendido bien, para este autor la finalidad en las omisiones consiste en una ausencia de finalidad, que sin embargo era posible, supiéralo o no el agente.

Por su parte, COUSIÑO[1] defiende la tesis del concepto natural ("ontológico") de omisión, e identifica la voluntad final con una "decisión voluntaria" (de tal modo que un no hacer que no ha dependido de la voluntad, sino de la ignorancia, no es ontológicamente una omisión). Hasta aquí su postura se acerca mucho a la de HELLMUTH MAYER (en cuanto la "decisión voluntaria" va a consistir en último término en "dejar obrar a las circunstancias"). Pero agrega luego como exigencia del dolo en las omisiones el conocimiento o conciencia del mandato legal, que a sabiendas decide violar, para obtener "la mantención de un determinado estado de cosas". Con lo cual, nos parece, el "dolo ontológico" aparece integrado por un elemento jurídico.

GARRIDO MONTT,[2] sin negar la posibilidad de elaborar una noción "naturalística" de la omisión, estima que sólo tiene relevancia para el hecho el concepto normativo-jurídico de omisión, que él integra con tres elementos: el no obrar, la obligación jurídica de hacerlo y la posibilidad (no concretada) de haber obrado conforme al derecho.

En suma, pensamos que un concepto de omisión "natural", desprovista de aptitud causal y finalidad, ligada sólo a la **posibilidad** (ni siquiera consciente) de la acción evitadora, es jurídicamente tan extenso y desmesurado como aquel que la liga al mero "permitir" que obren las causas externas. Es cierto que así se independiza a la omisión de la "acción esperada" o "debida", pero ello a nuestro juicio no enriquece en nada el concepto de omisión, ni lo torna jurídicamente manejable o útil. Para obtener una idea de "omisión" que sea jurídicamente relevante, tendremos siempre que ir a parar al "deber de obrar", la "posición de garante" u otro concepto parecido.

Omisión es, entonces, **la no ejecución de la acción mandada por la ley**.

---

[1] COUSIÑO, *op. cit.*, I, pp. 736 y ss.

[2] GARRIDO MONTT, *op. cit.*, pp. 181 y 22.

Según se ha dicho, GARRIDO MONTT añade a esta definición un tercer elemento: que el omitente haya **podido** ejecutar la acción que la ley le ordenaba. Creemos, sin embargo, que ese requisito es indispensable para castigar la omisión, pero no para su concepto jurídico. Si el sujeto no ha **podido** cumplir con la ley, ello se ha debido a un obstáculo físico o moral, que determinará que no se lo castigue, pero jurídicamente se habrá dado una omisión. Apoya nuestro punto de vista el tenor del Art. 10, Nº 12, donde declara exento de responsabilidad penal al que "incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable". Esto es, aunque el sujeto haya estado impedido, siempre hay omisión, pero la insuperabilidad de la causa lo exime de pena.

2. LA CAUSALIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN

Hemos aludido precedentemente, al tratar de la relación de causalidad en los delitos de resultado, al problema que se plantea en relación con las **omisiones**. Se puede buscar un vínculo causal, incluso natural y no jurídico, entre un obrar positivo y un resultado determinado, pero no puede decirse lo mismo respecto de la omisión, que por esencia es un no-hacer. Ya hemos señalado la diferencia entre los delitos de omisión simple, u omisión propia, en los cuales se sanciona la sola omisión de la acción mandada, no se plantea el problema de la relación de causalidad, y los delitos llamados de **omisión impropia** o de **comisión por omisión**, donde es preciso buscar una vinculación causal entre un no-obrar y un resultado.

La necesidad de encontrar ese vínculo ha llevado a construcciones doctrinales artificiosas, que buscan la relación causal entre la acción **precedente** a la omisión; o a la acción realizada **en vez** de la mandada por la ley, o en la "corriente psíquica" que ha detenido el impulso a obrar (lo que es suponer gratuitamente que este impulso ha existido).[1] Posiciones eminentes, alejadas en el tiempo y con sistemas diferentes, han preferido reconocer abiertamente que en las omisiones no hay causalidad, o al menos que no puede hablarse de ella en los mismos términos que en los delitos de acción, desde VON LISZT a WELZEL.[2]

Si se acepta este último punto de vista, será preciso, para evitar responsabilidades objetivas, buscar un **equivalente** de la causalidad para los delitos de comisión por omisión, concepto que deberá nacer de la ley, y será, por consiguiente, normativo. Pocos códigos se ocupan de

[1] MERKEL, ADOLPH, *Derecho Penal,* Ed. La España Moderna, Madrid, s. f., pp. 163 y ss.; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutsches Strafrechts,* II, Nº 30.

[2] VON LISZT, *op. cit.,* II, p. 319; WELZEL, ver supra, nota 2 de p. 199.

reglamentar en términos generales la estructura de los delitos de comisión por omisión. Posiblemente la excepción más antigua sea el Código Italiano, cuyo Art. 40 dispone que "no impedir un resultado que se tiene el deber jurídico de impedir, equivale a causarlo". Enfrentados con los problemas prácticos y jurisprudenciales suscitados por estos delitos, otros ordenamientos jurídicos han introducido disposiciones al respecto. Tal cosa ocurre en el Código Penal Alemán desde 1975 (Art. 13, par. 1).[1] Pero aun en tales disposiciones no se resuelve satisfactoriamente la determinación de cuándo la influencia de la omisión en el resultado ha sido tal que "equivalga" a su causación positiva.

La doctrina recurre en estos casos al mismo criterio usado en la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero en sentido contrario. En vez de la supresión mental hipotética de una acción ejecutada, se recurre a la **adición** mental hipotética de la acción no realizada, de tal modo que si suponiéndola realizada el resultado típico no se habría producido, de ello se concluye que la omisión tuvo influencia causal (o su equivalente, como dice el Código Italiano) en la producción del resultado. Sin embargo, este expediente está sujeto a la misma crítica que la supresión mental hipotética en los delitos de acción: **no es posible afirmar que la acción omitida habría evitado el resultado**, tal como no es posible afirmar que la supresión mental de la acción realizada habría eliminado también el resultado. Las afirmaciones en este último sentido son una simple petición de principio: para afirmar que suprimida la acción desaparece el resultado hay que admitir de antemano que ambos han estado ligados por una relación de causalidad, y esta relación de causalidad se postula sobre juicios de ciencia y experiencia.

Pero la situación es todavía más difícil en el caso de las omisiones "causantes" de un resultado. Puede afirmarse sin duda que el salvavidas se negó a lanzarse al rescate del nadador que terminó ahogándose; que la enfermera no dio oportunamente la medicina al enfermo de gravedad a quien cuidaba, y así en otros ejemplos. Pero ¿con qué certeza puede afirmarse que si el salvavidas hubiera intentado el rescate el nadador no se habría ahogado? ¿No es posible que su situación fuera ya tan desesperada que pese a los intentos del salvavidas, éstos habrían sido inútiles? Del mismo modo, la medicina oportunamente administrada, ¿habría salvado con certeza la vida del enfermo? ¿Estaba éste en situación tan crítica que con o sin medicina hubiera muerto igual? En ambos ejemplos, ¿decimos que el salvavidas o la enfermera "mataron" a

[1] También se reglamenta esta situación en el Código Penal Español de 1995, art. 11.

las víctimas? ¿No decimos más bien que las "dejaron morir"? Lo que en el sentir general reclama un castigo severo en esos casos es la actitud de **indiferencia hacia la posibilidad del resultado** (un equivalente al dolo eventual, pero que no puede reemplazar la necesaria concurrencia de un vínculo causal: la simple indiferencia por la muerte ajena no nos convierte en homicidas). En el fondo, tales conductas deben ser sancionadas como **abandono o incumplimiento grave de deberes** más que como la "causación" de un resultado. Positivamente, el deber del salvavidas y la enfermera no era el de **impedir** la muerte, sino el de **esforzarse por impedirla**. A ese deber faltaron.

3. Los delitos de omisión en la ley chilena

Los delitos de omisión contemplados en la ley chilena son delitos **de omisión simple**: tales delitos se encuentran en los Arts. 109 (inciso 11º), 134, 149 (Nos 2º, 4º, 5º y 6º); 156 (inciso 2º), 224 (Nos 3º, 4º, 5º), 225 (Nos 3º, 4º, 5º), 226, 229, 237, 249, 252, 253, 254, 256, 257, 269, 273, 281, 282, 289, 295 bis, 299, 302, 305, 318, y algunos otros.

No existe entre nosotros una disposición que reglamente en forma general la posible producción de un resultado delictivo por omisión, ni tampoco tipos en la Parte Especial que estén estructurados en forma de comisión por omisión. No obstante, la doctrina nacional los ha aceptado sin dificultad. Los casos jurisprudenciales son rarísimos y no puede decirse que hayan sentado precedente.

Hay, sin embargo, delitos numerosos e importantes en los cuales el resultado podría concebirse como provocado (en el sentido ya explicado) por una omisión, pero en los cuales el verbo empleado para describir la acción o la referencia a los medios empleados reducen forzosamente la punibilidad a la acción y excluyen la omisión. Tal sería el caso de las lesiones, el aborto, el incendio, los estragos.

Puede decirse con propiedad que sólo los resultados de muerte de otra persona (homicidio) y de daño en propiedad ajena (delito de daños) aparecen tipificados de tal manera en nuestra ley que podrían ser concebidos como delitos de comisión o de comisión por omisión. Incluso en el delito de daños hay hipótesis especialmente contempladas en la ley que suponen una actividad del agente. No en vano los ejemplos que la doctrina ofrece como delitos de esta clase giran siempre en torno del homicidio.

Es útil agregar que el Código Penal asocia a las acciones el verbo "ejecutar" y a las omisiones, la expresión "incurrir en". El verbo "cometer", en cambio, es neutro y puede ser aplicado tanto a delitos de acción como de omisión. En fin, la expresión "causar" aparece ligada a un proceso activo de causación, y no a lo que la doctrina considera el

"equivalente" de la causalidad en las omisiones (no es lo mismo "causar" un aborto que "permitir que se produzca un aborto" provocado por un tercero o por causas naturales). Los Arts. Nos 12 y 492 son suficiente respaldo para esta afirmación.

No obstante, hay que señalar que respecto de determinados delitos de omisión simple, la ley impone una penalidad agravada para el caso de que la omisión sea seguida por un particular resultado o efecto, con lo que implícitamente admite la potencialidad causativa de las omisiones (al menos de algunas). Tal serían, v. gr., los casos de los Arts. 109 inciso 11º (el proveedor que maliciosamente faltare a su deber, lo que puede consistir en una omisión, "con grave daño del Ejército o Armada"); 253 (denegación de auxilio, esto es, no prestarlo, que es punible en sí mismo, pero recibe pena más grave si "resultare grave daño"); 254 (abandono de destino, que concebiblemente pudiera ser conducta omisiva, que se pena más gravemente si se hace "con daño de la causa pública"); 273 (proveedores que voluntariamente hubieren faltado a sus compromisos, lo que también puede ser conducta omisiva, "embarazando el servicio que tuvieren a su cargo con daño grave e inevitable de la causa pública"); 329 (delito culposo, que puede ser omisivo, y "causare involuntariamente" muerte, lesiones o daños); 330 (mismo caso del artículo anterior, referido a una conducta de abandono); 491 y 492 (delitos culposos en que expresamente se admite la hipótesis de omisión como causante de daños a las personas). No se señala en ninguno de estos casos criterio alguno para determinar la vinculación causal de la omisión con el resultado (como tampoco lo hace el Código en forma expresa respecto de los delitos materiales de acción).

Sin embargo, si se quiere admitir la existencia entre nosotros de los delitos de comisión por omisión, sería preciso reconocer que ellos estarían sometidos a un régimen diverso del de los delitos de comisión bajo muchos aspectos. En efecto, las formas imperfectas de comisión del delito (tentativa y delito frustrado) suponen siempre actos de "ejecución": no podría darse una "tentativa omisiva". Todas las formas de participación criminal (autoría, complicidad, encubrimiento) exigen "ejecución" o "actos ejecutados": no podría haber participación punible en un delito de comisión por omisión. Las circunstancias atenuantes del Art. 11 y la casi totalidad de las agravantes exigen también "ejecutar" u "obrar"; en fin, en el Art. 10, relativo a las eximentes, sólo los Nos 12 (incurrir en una omisión por causa legítima o insuperable) y 13 ("cometer" un cuasidelito) emplean términos que permiten incluir la omisión; en otros, o no se usa verbo alguno (parcialmente, el Nº 1º, y también el Nº 2º) o se emplean las expresiones "obrar" o "ejecutar", propias de los delitos de acción.

Hay, por otro lado, disposiciones del Código que inducirían a pensar que no admite la punibilidad del homicidio por omisión. El Art. 494, en sus N^{os} 13 y 14, establece dos situaciones llamadas de "omisión de socorro", en que señala diversas modalidades de socorro que se imponen obligatoriamente a quienes encuentran a personas en situación de desamparo o peligro grave, y establece la sanción por omitir tales socorros. Sin embargo, es perfectamente concebible que la persona en peligro muera a consecuencias del mismo y (admitiendo la virtud de evitación de la acción mandada) que la intervención obligatoria por parte del agente le hubiera salvado la vida. Se darían aquí todos los requisitos exigidos por la doctrina para sancionar por homicidio omisivo: obligación legal de obrar (que no se cumplió); posibilidad de hacerlo, resultado que se habría evitado a través del acto omitido. A pesar de ello, nuestra ley no sanciona a esta persona como autor de homicidio, sino con la leve pena correspondiente a una falta o contravención.

4. Fuentes del deber de obrar

Pese a todas las incertidumbres de que hemos dado noticia, la doctrina en algún punto converge en la necesidad de que una persona se encuentre jurídicamente obligada a obrar, para que el no-obrar pueda ser jurídicamente calificado de omisión y eventualmente sancionado a tal título. La doctrina alemana llama a esta situación **posición de garante**. La denominación es poco feliz, ya que la persona obligada a obrar no **garantiza** nada, y según hemos dicho, ni siquiera está obligada a evitar un resultado, sino a esforzarse por evitarlo. No obstante, la denominación ha hecho fortuna. ¿De dónde brota el deber de obrar? Las fuentes habitualmente consideradas son:

a) **La ley**, sea a través de una disposición específica, aunque no esté contenida en el ámbito de las leyes penales, sino de las civiles, administrativas, etc. En los delitos de omisión simple, la propia ley señala cuál es la acción obligatoria y cuál la pena por no llevarla a cabo.

b) **La profesión de riesgo**. Hay ciertas profesiones que llevan en sí la obligación de obrar afrontando riesgos que ordinariamente no son obligatorios para el común de los ciudadanos: policías, bomberos, servicios para el rescate de accidentados, etc.

c) **Los contratos** y demás fuentes civiles de las obligaciones (excluyendo los delitos y cuasidelitos que también lo sean penales): es el caso de quienes se contratan para ciertas prestaciones de servicios (salvavidas, guardaespaldas, enfermeras).

d) **La actividad precedente**. Se fundamenta en el principio de que quien ha creado un riesgo debe al mismo tiempo procurar que éste no se concrete en un daño efectivo. Los pareceres aquí no son tan categó-

ricos. La doctrina nacional tiende a rechazar esta fuente.[1] Hay que agregar que si el daño efectivo sobreviene como consecuencia del riesgo creado por el agente, no puede decirse en verdad que provenga de la mera **omisión** de éste en limitar el riesgo, sino en su **actividad** positiva cuando lo creó.

También la doctrina alemana suele considerar las especiales situaciones de solidaridad o lealtad que surgen entre quienes comparten una vida o una empresa peligrosa en común. Interesante desde el punto de vista ético y social, estimamos que en nuestra ley no se consagra esta solidaridad como fuente jurídica del obrar.

CURY[2] y GARRIDO MONTT[3] ponen con razón en guardia contra la extensión desmesurada de la posibilidad de delitos de comisión por omisión. En derecho comparado, se suele unir la aceptación de los delitos de comisión por omisión a un sistema autoritario, en tanto que los sistemas liberales tenderían a su rechazo o restricción. En verdad, la mayor parte de las infracciones de esta naturaleza recibirían un tratamiento penal más adecuado como infracciones culposas, por omisión del deber general de cuidado o de deberes de evitación más específicos. Parte importante de la doctrina juzga que en todo caso dichos delitos deberían ser penados, obligatoria o facultativamente, con una sanción inferior a la forma comisiva de los mismos, lo que se refleja en la disposición del párrafo 2 del Art. 13 del Código Alemán, que prevé precisamente una atenuación discrecional de la pena para estos casos.

Finalmente, creemos que el deber de actuar derivado de la "posición de garante" adquiere su fisonomía definitiva con la consideración conjunta de otros factores, a saber:

1) **La naturaleza y proximidad del vínculo** entre el agente y el titular del bien que debe protegerse. Es sin duda más reprochable la omisión del padre con respecto al hijo (o viceversa), que entre parientes más lejanos. Y habrá casos en que lo alejado del vínculo llegue a eximir de la obligación misma de obrar;

2) **La probabilidad del riesgo afrontado.** Es distinta la omisión de cuidado de la enfermera contratada para cuidar de un moribundo o enfermo grave, que la de aquella que debe cuidar a una persona joven

[1] GRISOLIA, POLITOFF, BUSTOS, *Derecho Penal Chileno,* Parte Especial, pp. 75 y ss.; CURY, *op. cit.,* II, pp. 305 y ss.; GARRIDO MONTT, *op. cit.,* pp. 188 y ss. Todos ellos escépticos respecto de la aceptación de esta fuente del deber de obrar.

[2] CURY, *op. cit.,* II, p. 303.

[3] GARRIDO MONTT, *op. cit.,* p. 190.

y saludable que guarda cama para reponerse de una fractura ósea sin mayor peligro de vida.

3) **La situación profesional del obligado y exposición a riesgo propio.** En general, la obligación de obrar cesa cuando ella expondría al sujeto a un grave riesgo. Tal como en los casos anteriores, la obligación de exponerse a alguna proporción de riesgo aumentará en la medida en que sea más estrecho el vínculo con el titular del bien amenazado. No podrá eximirse de responsabilidad invocando el riesgo propio quien por su profesión está obligado a afrontarlo, o quien contractualmente lo ha tomado sobre sí. Pero siempre teniendo en cuenta que para la ley el heroísmo no es nunca obligatorio, ni exige la propia inmolación.

En conclusión, debe retenerse que en el sistema legal chileno los delitos de omisión son casi todos de omisión simple; que en los delitos de omisión la relación de causalidad sólo puede concebirse por equivalencia jurídica; que la posibilidad de comisión por omisión no está expresamente contemplada, sino que es creación de la doctrina, y que en todo caso tal situación sólo podría presentarse respecto de los delitos de homicidio simple y de daños no calificados.[1]

LUGAR Y TIEMPO DE LA ACCION. NUMERO DE ACCIONES

Para numerosos e importantes efectos legales es preciso determinar el momento y el sitio en que una acción se ha verificado. Es igualmente importante, por otra parte, precisar el número de acciones que se han realizado. Estos problemas pueden complicarse grandemente por lo complejo que suele ser el comportamiento humano y por las cambiantes circunstancias, o la eventual multiplicidad del resultado. Del lugar y tiempo de la acción se tratará en el capítulo relativo a las etapas de desa-

[1] En la doctrina nacional se ocupan extensamente de los problemas relativos a la omisión: CURY, *op. cit.*, II, pp. 295 y ss.; COUSIÑO, *op. cit.*, I, pp. 546, 558 y 736; GARRIDO MONTT, *op. cit.*, pp. 181 y ss.; GRISOLIA, BUSTOS, POLITOFF pp. 66 y ss., 381 y ss.; RUDOLPH, GILBERTO, *El fundamento del deber de actuar en los delitos de omisión,* Univ. Católica de Chile, 1967; BUSTOS, FLISFISCH y POLITOFF, "Omisión de Socorro y Homicidio por Omisión", en Revista de Ciencias Penales, tomo XXV, Nº 3, p. 163. En la doctrina extranjera, entre muy abundante literatura, se destacan la obra de KAUFMANN, ARMIN, *Los Delitos de Omisión,* y el trabajo de RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO, *La Omisión de Socorro en el Código Penal,* en Alemania y España, respectivamente.

rrollo del delito o formas imperfectas del mismo, y del número de acciones, en el capítulo acerca de la unidad y pluralidad de delitos.

EXCLUSION DE LA ACCION

La enunciación positiva de los requisitos de la acción permite determinar, por exclusión, los casos en que ella está ausente, y que nos han servido para enumerar aquellos hechos o fenómenos que no son acción. Sin embargo, la ley ha hecho referencia expresa a dos casos en los cuales en apariencia, externamente, existe una acción u omisión, pero en verdad no la hay, jurídicamente. Estos casos son los siguientes:

1. La fuerza irresistible. El Art. 10 Nº 9º declara exento de responsabilidad penal al que obra "violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable". Nos ocuparemos de la primera parte de esta disposición. La fuerza que puede ejercerse sobre un individuo puede recaer sobre su cuerpo o sobre su voluntad. A la primera se designa como **vis absoluta**, y a la segunda, como **vis compulsiva**. Caso de **vis absoluta** es el de un sujeto que recibe de otro un violento empujón que lo arroja sobre una vidriera que se rompe; o el del individuo a quien otro oprime la mano de forma que ésta, al cerrarse, destroza un valioso objeto que aquél tenía asido. En la **vis compulsiva**, en cambio, sólo hay presión sobre la voluntad de otro, aunque se ejerza a través de una fuerza física. Puede presionarse a un individuo para que revele un secreto, amenazándolo con un arma o bien torturándolo; en todo caso, la fuerza no va dirigida a provocar directamente un movimiento de su cuerpo, sino una determinación de su voluntad. En los casos de **vis absoluta** no hay acción, porque no hay voluntad finalista que dirija el comportamiento externo: el individuo obra como mero cuerpo físico, tal como una cosa. No debe olvidarse, sin embargo, que, al igual que cualquier otro proceso causal de la naturaleza, el individuo puede haber previsto de antemano su actividad bajo la **vis absoluta** y haberla incorporado de algún modo a su actuar, provocándola, aprovechándola o no impidiéndola, y de esta manera el hecho en cuestión aparecería sólo como una fracción de un complejo de actividad más vasto, que sí constituiría acción.

En cuanto a la **vis compulsiva**, el individuo que cede a ella en principio realiza una acción, ya que en definitiva se comporta de acuerdo con su voluntad finalista. A esta voluntad le ha faltado uno de los requisitos necesarios para que se la pueda calificar de **dolo**, esto es, la libertad, y por tal razón, en definitiva, es posible que no se imponga

pena, pero siempre habrá acción. Decimos que "es posible" que no se imponga pena, porque el Código parece haber contemplado en forma expresa sólo un caso de **vis compulsiva** que exime de responsabilidad penal: la que proviene de miedo insuperable (segunda parte del Art. 10 Nº 9º). Por esta razón hay fallos de nuestros tribunales que han estimado que la expresión "fuerza irresistible" comprende también aquellos casos de **vis compulsiva** que son irresistibles, pero distintos del miedo (especialmente los que consisten en un intenso dolor, físico o espiritual, y la extrema necesidad). Sobre el punto volveremos al tratar de las causales que excluyen la culpabilidad. En todo caso, no hay duda ni discusión acerca de que todos los casos de **vis absoluta**, en que el sujeto es un mero cuerpo sin voluntad, quedan cubiertos por la eximente de fuerza irresistible.

2. La causa insuperable. La causal anterior se refiere a los delitos de acción en sentido estricto. Cuando se trata de omisiones, el Art. 10 Nº 12 exime de responsabilidad penal "al que incurriere en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima o **insuperable**". La alusión a la "causa legítima" pertenece a la antijuridicidad, y allí se estudiará. En cambio, la "causa insuperable" alude a los casos de **vis absoluta** o **vis compulsiva**, siempre que, en esta última situación, sea verdaderamente insuperable, lo que habrá que apreciar cada vez. Cuando se trate de fuerza física o **vis absoluta**, aparece excluida la omisión misma. No obstante, es verdad que considerada como un simple no hacer, la omisión está presente igual, y por eso la ley habla de "incurrir en una omisión", aunque sea por causa física "insuperable". Distinto es el caso en que la fuerza física provoca un movimiento: este movimiento no llega a ser "acción". Cuando la causa insuperable es inmaterial, **vis compulsiva**, se trata de exclusión de culpabilidad por falta de exigibilidad. El texto de la ley es en esta parte amplio e incluye tanto la fuerza física como la moral que sean irresistibles o insuperables. Opinamos esto en virtud de que aquí no se distingue entre "fuerza" y "miedo", ni fuerza física y fuerza moral. Así, si un individuo incurre en una omisión debido a miedo insuperable, no parece lógico negarle su exención, en razón de que el Art. 10 Nº 9º se refiere sólo a "obrar" y no a "omitir". Debe entenderse, por consiguiente, que el texto de la ley es en esta parte amplio, y que incluye tanto la fuerza física como la moral que sean irresistibles o insuperables.

Capítulo II

EL ELEMENTO FORMAL DEL DELITO: LA TIPICIDAD

GENERALIDADES

La tipicidad es un tema cuya importancia trasciende la ciencia del derecho penal, para afectar el fundamento mismo del sistema político-jurídico. Al referirnos al principio de la reserva o legalidad[1] dijimos que este principio tenía un triple alcance:

1) Sólo la ley puede crear delitos y asignarles penas (**legalidad**);

2) La ley penal no puede aplicarse a hechos anteriores a su vigencia (**irretroactividad**), y

3) La ley penal debe referirse a **hechos** concretos, y no puede dar simples criterios de punibilidad (**tipicidad**).

Durante la vigencia de la Constitución Política de 1925, los sentidos de **legalidad** y de **irretroactividad** estaban expresamente señalados en el texto constitucional. En cuanto al sentido de **tipicidad**, si bien nadie lo discutía, se alcanzaba por vía interpretativa, especialmente apoyada en la exigencia de que la ley penal se refiriera a **hechos**, según el tenor del Art. 11. Actualmente, el principio de **tipicidad** aparece afirmado de modo expreso en el inciso final del numeral 3º del Art. 19 de la Constitución:

"Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté especialmente descrita en ella".

Designamos así, en un sentido primero y más elevado, con el nombre de **tipicidad** a esa particular cualidad de la ley penal de manifestarse siempre en forma de descripción concreta de acciones humanas.[2]

De los tres alcances que hemos dado al principio de la reserva, el de la **irretroactividad** de la ley penal es el más antiguo, según se ex-

---

[1] Véase Segunda Parte, cap. I.

[2] Véase lo dicho al respecto en Segunda Parte, capítulo I, *Bases constitucionales de la ley penal; El principio de la reserva o legalidad y Leyes penales en blanco.*

plicó.[1] En especial bajo la influencia del humanitarismo, los juristas insistieron más tarde en el sentido de **legalidad**. En un comienzo, ello tuvo un significado primordialmente político, contra la arbitrariedad de los gobiernos despóticos. Más tarde, los clásicos y los iniciadores del estudio científico del derecho se ocuparon del papel técnico del principio de legalidad, al señalar como característica esencial del delito la contrariedad al derecho. Así, VON LISZT afirma que el delito es una acción antijurídica, culpable y penada,[2] y CARRARA da su célebre regla sobre la triple imputación del delito: "tú lo hiciste (imputación **física**), voluntariamente (imputación **moral**) y contra la ley (imputación **legal**)". Parten estos juristas de la base de que el acto descrito por la ley penal es contrario a ella y debe ser penado mientras no intervenga una causa especial que exima de pena, también señalada en la ley.

El paso fundamental en la dirección indicada debe verse en la obra de BINDING,[3] quien hace notar que en verdad el delincuente no viola la ley penal, sino que ajusta a ella su conducta concretar la hipótesis allí descrita y que permite realizar su segunda parte, la imposición de pena. Lo que viola es un mandato no expresado, superior a la ley anterior a ella, que se encuentra a veces en el resto del orden jurídico y a veces en una zona supralegal, de carácter cultural y social: la **norma**.

Esta corriente llega a su culminación con el pensamiento de BELING, creador de la doctrina de la tipicidad. En 1906 escribe BELING su obra *La Doctrina del Delito,* en la que expone por primera vez su célebre teoría sobre el "tipo legal". La terminología está tomada del § 59 del Código Penal Alemán de entonces (en el actual texto es el § 16), que se refiere al error como causal eximente de responsabilidad penal, y declara exento de pena al que ha obrado padeciendo de error o ignorancia acerca de las circunstancias de hecho que componen el **Tatbestand** legal. Es éste un sustantivo compuesto, derivado de **Tat** (hecho) y **Bestand** (existencia o consistencia), de manera que traducido literalmente significaría, con aproximación, "la consistencia del hecho" o "aquello en que el hecho consiste", a lo que se agregaría el adjetivo **legal**, de modo que en definitiva **gesetzliche Tatbestand** sería "aquello en que el hecho consiste según la ley". Para BELING, el **Tatbestand** (que provisionalmente traduciremos por **tipo**) es simplemente la descripción legal de un hecho, desprovista de toda valoración o juicio acerca de él, y vacía también de imperatividad. Es un puro esquema abstracto, que

[1] Véase Segunda Parte, cap. V.
[2] VON LISZT, *op. cit.*, II, p. 252.
[3] Véase Primera Parte, cap. I.

se deduce de la lectura de los preceptos legales. La Parte Especial de los códigos penales es un catálogo de tipos, que BELING compara con un libro de imágenes: sólo son delitos los hechos que corresponden a alguna de las imágenes del catálogo, y sólo el legislador puede agregar, eliminar o modificar las imágenes del libro.

Pero BELING va más allá, y coloca al **tipo** en el centro de toda la teoría del delito, pues es el concepto **formal** del delito entero. El **tipo** es una especie de molde por donde la acción debe pasar: si se ajusta a él, la acción es típica. Pero lo subjetivo del delito, la culpabilidad, también debe ajustarse al mismo molde: el dolo debe ser dolo de determinado **tipo**. No puede darse el delito de estafa con una acción de estafa, pero con el dolo de la violación. De este modo, y según BELING, el tipo es un elemento central, informador de la faz objetiva y de la faz subjetiva del delito, que sólo son relevantes si asumen la forma del tipo. La tipicidad es, en la expresión de BELING, un concepto "troncal", ordenador, que imprime su forma al delito todo. Comparando al delito con una estatua, la acción es la sustancia (bronce), la tipicidad es su forma (estatua de tal o cual prócer), y la antijuridicidad y la culpabilidad son juicios de valor acerca de la estatua misma y su autor (hermosa o fea; bien o mal hecha).

MAYER[1] critica posteriormente algunos aspectos de la doctrina de BELING, aunque aceptando sus bases. Considera que no puede afirmarse una radical independencia entre el elemento tipicidad (puramente descriptivo) y el elemento antijuridicidad (valorativo), ya que el legislador, cuando describe conductas y les señala penas, lo hace porque las estima contrarias, en general, al derecho, sin perjuicio de admitir excepciones. Por consiguiente, al concluir que un hecho es típico, podemos afirmar ya que **probablemente** es también antijurídico. La tipicidad tendría un valor **indiciario** de la antijuridicidad (**ratio cognoscendi** de ella). Por fin, MEZGER[2] llega más lejos y afirma que ciertas acciones son antijurídicas **porque** están tipificadas en la ley, de modo que la tipicidad sería la verdadera esencia de la antijuridicidad (**ratio essendi** de la misma).

Finalmente, en 1930 BELING publica su trabajo *Die Lehre von Tatbestand* (traducido por SOLER como *La doctrina del delito-tipo),*[3] en el cual

[1] MAYER, *op. cit.,* p. 13, n. 29.

[2] MEZGER, *Tratado,* I, p. 361.

[3] Traducción de SEBASTIAN SOLER, publicada en un volumen con *Esquema de Derecho Penal,* Ed. Depalma. Buenos Aires, 1944. También editada en castellano como *El rector de los tipos de delito,* trad. y notas de L. PRIETO CASTRO y J. AGUIRRE CARDENAS, Ed. Reus S.A., Madrid, 1936.

se hace cargo de las observaciones formuladas a su teoría, y la reelabora, introduciendo principalmente una mayor precisión terminológica y diversos matices en los conceptos.

La función de la tipicidad en el campo del derecho tiene múltiples e importantes aspectos:

1. Es la más alta garantía jurídico-política. El principio "no hay pena sin ley" es la piedra angular del sistema de derecho liberal. Con el método de las descripciones legales, el derecho penal cumple su función de prohibición, y el ciudadano respetuoso (o temeroso) de la ley sabe lo que puede y lo que no debe hacer. Así, el desarrollo último del principio de la reserva, según BELING, es **kein Verbrechen ohne Tatbestand**: no hay delito sin tipo.

2. En la ciencia jurídica desempeña un papel fundamental, por su posición "troncal", informadora de todos los aspectos del delito, que deben ser analizados orientándose en la dirección del tipo, y

3. En la aplicación práctica del derecho es herramienta indispensable del juez y del intérprete para analizar los hechos concretos de la vida real, tanto en su aspecto objetivo como en sus características subjetivas. En este sentido resulta cierta la concepción de MAYER según la cual la tipicidad tiene un valor **indiciario** respecto de la antijuridicidad, y en la práctica, averiguada la tipicidad de un hecho, el examen de la antijuridicidad se hace sólo de modo negativo, esto es, se da por sentada, a menos que intervenga para excluirla una causal de justificación.

DOCTRINA Y TERMINOLOGIA DE BELING

Para BELING en todo delito existe un esquema central, que se extrae por abstracción de los rasgos esenciales en la compleja descripción que la ley hace de los casos concretos en que se aplica pena. Este esquema es puramente lógico, descriptivo, no significa valoración alguna del hecho al cual se aplica. Así, en el homicidio, el esquema central sería "matar a otro", lo cual nada nos dice acerca de la licitud o ilicitud de esa conducta (ya que tratándose de legítima defensa, o del verdugo que ejecuta una sentencia, la muerte no sería ilícita), ni acerca de la culpabilidad del autor (ya que puede haber cometido el hecho por error o por caso fortuito, y en tales casos no hay culpabilidad). Y este esquema central no se encuentra nunca "puro" en la ley: el parricidio es "matar a un pariente o cónyuge" (Art. 390); el homicidio calificado es "matar a otro en ciertas circunstancias" (Art. 391 Nº 2); el infanticidio es "matar a un

hijo o descendiente en cierto momento" (Art. 394); el homicidio simple es "matar a otro en cualquier otro caso". Estos diferentes hechos corresponden todos al esquema señalado, pero ninguno de ellos "es" el esquema mismo. Ese esquema ("matar a otro") es lo que se llama el **tipo**, o **delito-tipo**, en la expresión de SOLER (**Tatbestand** o **Leitbild**). El conjunto completo de circunstancias que la ley señala para imponer la pena en cada caso (v. gr., descripción del parricidio, infanticidio, etc.), es lo que se llama la **figura delictiva (Deliktstypus)**.

La figura delictiva es una descripción compleja, que además de estar centrada en el tipo puede contener referencias de índole muy variada, tanto a la acción misma y sus circunstancias, como a la antijuridicidad o a la culpabilidad. El papel esencial del tipo es irradiar su forma a todos estos aspectos de la figura, de tal modo que para que se dé una "figura de delito", es preciso que la acción realizada sea adecuada a la figura, que la antijuridicidad sea conforme a las exigencias de la figura, y que la culpabilidad se rija igualmente por ella. Ejemplo: en el delito de mutilación de miembro importante (Art. 396), la descripción aparece así:

"Cualquiera otra mutilación de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, hecha también con malicia, será penada..."

Para que se dé esta "figura de delito" es preciso, en consecuencia, que la acción misma sea adecuada a la descripción legal: que exista una mutilación, que ella recaiga sobre un miembro importante, y que ella deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba; luego, es preciso que esta mutilación se cause antijurídicamente, es decir, que no se trate de un caso de legítima defensa o de un médico que opera a un paciente para mejorar la salud de éste (lo que BELING llama "figura de ilicitud"), y además, es necesario que la mutilación se realice con la intención o propósito preciso de causarla (dolo directo), exigencia particular de la ley al respecto en este delito (lo que BELING llama "figura de culpabilidad"). Reuniéndose, en consecuencia, la acción correspondiente a la figura, y además la figura de ilicitud y la figura de culpabilidad respectivas, se tiene finalmente completa la "figura delictiva" de mutilación de miembro importante. Pero ni la figura delictiva completa, ni la acción adecuada a ella, ni las figuras de ilicitud o culpabilidad equivalen al **tipo** de este delito, que es simplemente "mutilar a otro", o sea, cortar o cercenar una parte del cuerpo de otro (esquema común también a las figuras de castración, Art. 395, y de mutilación de miembro menos importante, Art. 396 inciso 2º).

En seguida, queda por examinar el término **acción típica**, que sirve para designar un hecho de la vida real, no una simple descripción legal ("matar a otro" es una descripción legal; "el homicidio de Fulano, cometido por Zutano tal día y a tal hora", es una acción típica), sino un hecho de la vida real que **corresponde** a la descripción legal. Entre la acción y el tipo existe, dice BELING, la misma relación que entre "composición musical" y "concierto"; lo primero es una creación conceptual del compositor, y lo segundo, un hecho existente en la vida real. Es la misma relación que existe entre el concepto de "dinero" y los billetes que una persona lleva en el bolsillo. Hemos dicho que en el pensamiento de BELING, la concreción de una "figura delictiva" se obtiene por la realización efectiva de una acción y sus circunstancias que corresponden a la descripción legal, incluyendo las respectivas "figura de ilicitud" y "figura de culpabilidad". Eso es lo que se denomina "el hecho punible" en el Art. 108 de nuestro Código de Procedimiento Penal: esta expresión no es equivalente a **tipo**, sino a **acción típica**, ya que se trata de un acontecimiento concreto y real, y el tipo es una abstracción lógica.

Finalmente, se denomina "adecuación típica" a esa correspondencia que existe entre un hecho real y la descripción legal (para BELING, **Tatbestandmaessigkeit**). Otros la llaman simplemente "tipicidad", lo que no es incorrecto, pero tiene el inconveniente de ser una expresión susceptible de interpretarse en muchos sentidos. ORTIZ MUÑOZ[1] la llama "encuadrabilidad", expresión que da una idea muy exacta del concepto, pero que no ha encontrado general aceptación.

La importancia fundamental de todas estas distinciones radica en que el "tipo" resulta así, en lo jurídico-penal, lo que verdaderamente imprime su forma al delito, o sea, lo hace consistir en un determinado delito y no en otro. Y como en un ordenamiento jurídico regido por el principio de la reserva no hay delitos "generales", "innominados", sino siempre específicos, resulta muy exacta la conclusión de BELING de que no hay delito sin tipo. El hecho de que la "forma" del delito esté regida por el tipo significa que la acción, tanto en su aspecto externo, de comportamiento corporal o de causa de un resultado, como en su aspecto interno, de voluntad finalista, debe corresponder al tipo legal, e igualmente su contrariedad al derecho debe concretarse a través de un tipo legal, con las particulares exigencias que éste señale. Así, no se puede sancionar por violación de domicilio, aun cuando la voluntad finalista sea la de entrar en casa ajena sabiendo que el morador se opone a

[1] ORTIZ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 24.

ello, si por error se entra en la casa propia, ya que falta la adecuación al tipo de la parte externa de la acción. Inversamente, no se puede sancionar por el delito indicado, aunque se entre en casa ajena contra la voluntad del morador, si equivocadamente se cree entrar en la casa propia o se cree tener permiso del morador, ya que aquí es el aspecto interno de la acción (la voluntad finalista) el que no es adecuado al tipo. No podría, tampoco, sancionarse por el delito que comentamos, aun cuando se entrara en morada ajena contra la voluntad del morador, y con pleno conocimiento y propósito, si ello se hiciera para evitar un mal grave, ya que la "figura de ilicitud" respectiva supone que la entrada se realice fuera de este último caso. Las circunstancias de hecho, la acción, y todos sus aspectos que permiten su valoración jurídico-penal (antijuridicidad y culpabilidad) resultan entonces siempre sometidas al tipo como su forma. Un delito sin tipo resulta tan inconcebible como una materia sin forma alguna.

La doctrina del tipo tiene repercusiones todavía más allá. Las conductas "marginales" del delito, o sea, las que constituyen tentativa y delito frustrado, o formas de participación, como la instigación, la cooperación y la complicidad, también están regidas por el concepto de "tipo", que proyecta su forma más allá de su realización concreta. Siempre la tentativa y la frustración deben serlo "de algún delito" en especial, regido por el correspondiente tipo, y lo mismo puede decirse de las otras conductas participatorias mencionadas. Del mismo modo, el tema de la unidad y pluralidad de delitos no puede ser estudiado sino con el concepto de "tipo" como herramienta fundamental (piénsese, v. gr., en los conceptos de delito continuado, concurso ideal, concurso aparente de leyes, etc.).[1]

Pero es tal vez en la Parte Especial donde la doctrina del tipo resulta indispensable y presta sus más útiles servicios. La interpretación del sentido y alcance de los diversos preceptos se realiza con un evidente predominio de los conceptos de "tipo" y de "bien jurídico protegido".

No debe considerarse la doctrina del tipo como propia solamente de la doctrina o del derecho alemanes. Si bien puede discreparse en cuanto a terminología, o a la relativa importancia de algunos conceptos con relación a los otros, la verdad es que se trata de una construcción lógica, cuyo valor trasciende al **Tatbestand** intraducible del Art. 59 del antiguo Código Penal Alemán, y es de validez universal, por lo menos en los Estados que son fieles al principio de la reserva y están ligados por la obligación de "acuñar" los delitos (expresión de BELING) en des-

[1] Véase Tercera Parte, Sección Tercera, caps. I, II y III.

cripciones de hechos concretos, llámese a éstas "tipos" o de cualquiera otra manera.

En cuanto a la minuciosa terminología que hemos expuesto, debe retenerse el concepto general de que **tipo es la descripción legal del hecho punible**, y en particular distinguir dos acepciones frecuentemente usadas en la doctrina: **tipo de injusto** (forma en que se traduce el término alemán **Unrecht**, aunque a nuestro juicio sería más exacto decir **ilícito**): que es el conjunto de notas necesarias para que exista una acción antijurídica, y **tipo de delito**, que abarca lo mismo que el anterior y además las notas pertenecientes al tipo de **culpabilidad**. En lo demás, la distinción más importante es entre **tipo (Tatbestand)**, **esquema descriptivo central**, y la figura delictiva **(Delikstypus)**, comprensiva de todas las circunstancias particulares que se agregan al esquema central para imponer la pena en cada caso.

LA ESTRUCTURA DE LAS FIGURAS DELICTIVAS

Hemos visto que dentro de la concepción de BELING, el "tipo" es un esquema central, deducido por abstracción, inductivamente, mediante el estudio de las descripciones legales de las conductas punibles. El tipo resulta así puramente descriptivo, no valorativo. A la figura delictiva, en cambio, pueden pertenecer múltiples menciones que indiquen requisitos especiales en cuanto a la valoración de la acción como antijurídica o como culpable, y que, en consecuencia, integren las respectivas "figura de ilicitud" y "figura de culpabilidad".

Para cumplir plenamente con el principio de la reserva, el legislador debe dictar normas penales definiendo o describiendo con la mayor precisión posible las conductas que prohíbe o impone. No es buena técnica decir, v. gr., "El que causare un aborto" (Art. 342), o "el condenado por el delito de sodomía" (Art. 365), sin explicar en qué consisten el aborto o la sodomía, lo que obliga a desentrañar el sentido de la ley por las vías interpretativas suplementarias del elemento literal. La función descriptiva puede asumir dos formas, de acuerdo con la clase de delitos de que se trate: en los delitos formales, debe precisar cuál es la actividad que será penada o la actividad que se manda y cuya omisión acarreará la pena; en los delitos materiales, debe precisar en qué consiste el resultado que no desea que se produzca. A veces, sin embargo, en estos últimos delitos, la ley va más allá, y en los delitos materiales precisa las dos cosas, esto es, tanto el resultado que debe evitarse como la acción misma que lo produce. En tal caso, la sola producción del resultado prohibido no bastará para adecuar la acción al tipo, sino que

la actividad misma, o el medio empleado, también deben ser típicos. Este sistema conduce a menudo a vacíos en la ley, ya que, salvo que existan verdaderamente razones valederas para restringir los medios o modos de comisión, por lo general lo que realmente interesa a la ley es evitar el resultado, y su propósito puede verse frustrado cuando el resultado se produce por medios que han quedado fuera de la descripción legal.

Dentro de esta última, pertenecen solamente a la figura, y no al tipo, todas aquellas menciones que se refieran a la valoración de la conducta como antijurídica o culpable (v. gr., cuando se dice "maliciosamente" en el Art. 395, o "sin derecho" en el Art. 141 sobre secuestro de personas). También son ajenas al tipo mismo aquellas circunstancias que solamente determinan la pena por uno u otro título de delito, pero que no influyen en la calidad delictiva del mismo, de modo que si se suprimieran mentalmente siempre el hecho seguiría siendo delictivo, aunque a otro título con menor pena (así, el infanticidio consiste en matar a un hijo o descendiente dentro de las 48 horas después del parto, pero si se le da muerte una vez transcurrido dicho plazo, siempre el hecho será delictivo, aunque no será infanticidio; luego, el plazo señalado no forma parte del tipo, pero sí de la figura). No debe inducir a confusión la circunstancia de que a veces en el tipo mismo puedan figurar conceptos que en sí son valorativos. Pueden formar parte del tipo, siempre que desempeñen una **función** descriptiva y no valorativa. Por ejemplo, el hurto consiste en "apropiarse cosa mueble ajena". **Ajena** es un concepto valorativo, ya que en realidad no podemos saber si una cosa es ajena o propia sin recurrir a la ley, y en consecuencia, "valorar" la cosa de acuerdo con ésta. Pero ese término está empleado en la definición legal solamente como una descripción del hecho, y no nos dice nada todavía acerca de si tal hecho es o no es contrario a la ley. Después de saber que realmente la cosa sustraída era ajena, no sabemos aún si esto contraviene o no la ley (si es o no es **antijurídica**), pues es posible que la persona se encontrara en estado de necesidad, por ejemplo, y entonces tendría derecho a sustraer la cosa. Del mismo modo, cuando al describir una persona se dice "Pedro es más bajo que Juan", se está empleando una expresión valorativa, ya que se hace una comparación con un modelo (Juan), pero esa expresión tiene un sentido puramente descriptivo, ya que todavía no nos expresa ningún juicio de valor acerca de Pedro o su estatura; en suma, no sabemos si es bueno o malo, conveniente o inconveniente, que Pedro sea más bajo que Juan.

1. El verbo. Siendo el delito acción, es preciso que gramaticalmente sea expresado por aquella parte de la oración que denota acción, esta-

do o existencia, que es el verbo, en cualquiera de sus formas. Esta parte de la descripción legal es llamada por BELING el **verbo rector**, que no puede faltar en ningún delito. Incluso en aquellos casos –técnicamente defectuosos– en que la ley no menciona expresamente un verbo (v. gr., "el condenado por el delito de sodomía", Art. 365, o "el estupro de una doncella", Art. 363), es preciso determinarlo interpretativamente, ya que detrás de esas "etiquetas" (en la expresión de BELING)[1] se esconde una acción a que la ley quiere referirse, que por lo tanto es susceptible de expresarse con una forma verbal.

2. El sujeto activo. Por lo general, para la ley el delincuente puede ser cualquiera persona, lo que se expresa sucintamente con la fórmula "el que". A veces, es necesario que el sujeto activo, el que realiza la acción del verbo, reúna determinadas condiciones de sexo (violación), de nacionalidad (traición, del Art. 107), de ocupación (delitos de los funcionarios públicos), o de otra especie. En ocasiones esas exigencias contribuyen a delimitar la antijuridicidad de la figura, pues la orden de la norma está restringida a determinadas personas.

3. El sujeto pasivo. Se denomina así al titular del bien jurídico ofendido con el delito. A veces, estos bienes jurídicos tienen un titular específico, que recibe directamente la acción del verbo (v. gr., delitos contra las personas) o indirectamente (v. gr., delitos contra la propiedad). Otras veces, como ocurre de ordinario con los delitos contra intereses sociales, estos bienes pertenecen en general al grupo social, sin tener un titular específico (delitos contra la fe pública). Por lo común, es también indiferente para la ley quién sea el sujeto pasivo, que por lo general se denomina "otro" u "otra persona", pero ocasionalmente se exigen determinados requisitos en éste: de edad (delito de estupro), de sexo (violación) o de calidad jurídica (desacato).

4. El objeto material. Se denomina así a aquello sobre lo cual recae físicamente la actividad del agente: en el homicidio, el cuerpo de la víctima; en el hurto, la cosa mueble ajena. Por lo común, este elemento no aparece con mayor especificación en las descripciones legales: en los delitos contra la propiedad se suele hablar de "cosas", y en los contra las personas, de "personas" en general. Excepcionalmente, aparece una descripción más próxima: los daños calificados (Art. 485) recaen sobre puentes, caminos, etc.; la falsificación de moneda, sobre moneda

[1] BELING, *Esquema,* p. 20.

de oro o plata (Art. 166); la violación de correspondencia, sobre cartas o papeles de otro (Art. 146).

5. El objeto jurídico del delito. Se da este nombre al bien jurídico que el legislador se ha propuesto proteger mediante la creación de un determinado delito. Por lo común, este elemento no está explícito en el texto legal, salvo en los epígrafes generales que encabezan los diferentes grupos de delitos en el Libro II del Código Penal. Ocasionalmente, sin embargo, se hace una expresa mención del bien jurídico que debe resultar dañado para que el hecho sea punible, como el Art. 141, relativo al secuestro de personas, en que se dice que éste debe ser realizado "privándole de su libertad".

6. El resultado. En los delitos materiales, la ley debe mencionar también el resultado o consecuencia de la acción, que no está siempre expresado en el verbo mismo, aunque a veces así ocurre ("matar", v. gr.). En algunos casos, la ley describe el resultado (lesiones, Art. 397); otras veces, solamente le da nombre (aborto, Art. 342).

7. Las circunstancias. El texto legal raras veces se circunscribe a la sola acción o su resultado; en verdad, por lo general señala un **hecho** ilícito, esto es, un cuadro general de circunstancias o condiciones en el cual viene a insertarse la acción. Puede tratarse de circunstancias de **tiempo** (Arts. 394, 318), de **lugar** (Arts. 301, 309, 475), de **medios empleados** o de **modalidades** del delito, aunque estas últimas generalmente van incluidas en el verbo rector mismo (Arts. 121, 413, 418, 440).

8. Los presupuestos.[1] Los presupuestos son ciertos estados, condiciones o relaciones que deben existir con anterioridad a la acción para que surja el delito. Estrictamente, no forman parte de la acción; no obstante, integran la tipicidad en el doble sentido de que deben concurrir objetivamente y deben estar cubiertos por el dolo del agente o el copartícipe (lo que no siempre significa que se comuniquen a este último). Ejemplos de presupuestos serían "estar casado válidamente" en el delito de bigamia (Art. 382); las relaciones de parentesco en los delitos de parricidio y de incesto (Arts. 390 y 364); tener la calidad de médico en el aborto profesional abusivo (Art. 345).

Se discute la situación de las llamadas **condiciones objetivas de punibilidad**, que son ciertas circunstancias que no forman parte de la

[1] MAGGIORE, *op. cit.*, I, p. 276.

acción, ni son consecuencia de ella, pero a cuya existencia la ley subordina la imposición de pena, por razones de política criminal o conveniencia práctica. Para BELING, estas "condiciones" quedan fuera de la tipicidad; para otros autores,[1] forman también parte de la figura delictiva correspondiente. De ellas nos ocuparemos más adelante, pues en nuestra opinión son ajenas a la figura y no se rigen siquiera por el tipo.

ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS DE LAS FIGURAS

En la concepción de BELING, el tipo es puramente descriptivo. En consecuencia, se admite que no pueden pertenecer al tipo las menciones de carácter valorativo, aunque aparezcan en el texto legal. Se consideran de tal carácter las expresiones "normativas" de la ley, las que no pueden ser captadas en una visión "natural" del hecho, sino con el auxilio de los conceptos jurídicos. También, para los que rechazan la concepción finalista de la acción, revisten tal calidad las alusiones a la subjetividad del autor, que se consideran pertenecientes a la culpabilidad.

1. ELEMENTOS SUBJETIVOS.[2] Los elementos subjetivos pueden ser de dos clases:

a) Aquellos que cumplen una función simplemente descriptiva en relación con la voluntad del agente y su determinación consciente y finalista. Tal es el caso de las disposiciones que hacen referencia a los móviles especiales del agente. Son exigencias particulares acerca de la determinación finalista de la acción, más allá del verbo rector: "con ánimo de lucro" (Art. 432), "con miras deshonestas" (Art. 358). Sería también la situación de expresiones que aluden a hechos subjetivos que se producen o concurren en terceros; el "escándalo" en los Arts. 373 y 495 Nº 6º; el "descrédito" en el Art. 405. Todas estas expresiones son puramente descriptivas de la acción misma (en cuanto a su aspecto interno de voluntad finalista), a su resultado o a sus circunstancias.

Un grupo importante está constituido por los llamados "delitos de tendencia", en los cuales no se describe (o sólo muy vagamente) la acción, sino que se alude sólo al propósito que guía al hechor. Ejemplo

[1] FONTAN BALESTRA, *Misión,* pp. 64 y ss.

[2] Sobre los elementos subjetivos del tipo, consúltense dos excelentes trabajos nacionales: AMUNATEGUI, FELIPE, *"Maliciosamente" y "A sabiendas" en el Código Penal Chileno,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961; POLITOFF, SERGIO, *Los Elementos Subjetivos del Tipo Legal,* Editorial Jurídica de Chile, 1965.

de este caso es la injuria, que nuestro legislador define como (Art. 416) "toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona". No debe pensarse, como advierte BELING,[1] que estos delitos "carezcan de tipo". La función de los elementos subjetivos es aquí doble: por una parte, sin duda, describen una condición especial de la voluntad, elemento de la acción, pero por otra parte sirven implícitamente para determinar el tipo. Porque como las maneras posibles de injuriar a otro son infinitas y hasta habría sido ridículo que la ley intentara enumerarlas, ella sólo se refiere al móvil del hechor, pero con eso nos indica al mismo tiempo que esas "expresiones" o "acciones" deben ser **idóneas**, objetivamente, para cumplir el móvil del hechor. Así, y pese a la aparente generalidad del texto legal, si una persona desconocedora del idioma castellano, y que desea insultar a otra, dirige a esta última una expresión que erróneamente él cree ofensiva, pero que en realidad es elogiosa, no comete delito de injuria, porque sus palabras no son objetivamente aptas para materializar su intención.

b) Aquellos que tienen un sentido valorativo. Así ocurre con las expresiones "maliciosamente" (Arts. 196, 198, 256), "voluntariamente" (que es sinónima de "dolosamente", según veremos) (Art. 273), "intencionalmente" (que es también sinónima de "maliciosamente") (Art. 270), y con las expresiones "a sabiendas" (Art. 398), "con conocimiento de causa" (Art. 393), "constándole" (Art. 170), etc. Estas expresiones aluden a la culpabilidad, juicio de reproche de la conducta sobre la base de la voluntad finalista. Puede pensarse que la expresión "a sabiendas", v. gr., es puramente descriptiva, y no parece efectuar valoración alguna. Pero como se verá más adelante, la valoración de la voluntad finalista como reprochable se hace, entre otros factores, sobre la base del conocimiento que se haya tenido de las circunstancias de hecho descritas en la figura, y a ese conocimiento se refiere, precisamente, la expresión "a sabiendas".

Estas expresiones, siendo valorativas, no pueden formar parte nunca del tipo. No hay inconveniente, en cambio, en admitir que forman parte de la figura delictiva, donde a veces contribuyen a precisar el "tipo de culpabilidad" con "determinadas exigencias" (v. gr., que haya dolo directo, Art. 395; que haya culpa en vez de dolo, Art. 234). Otras veces desempeñan cierta función, que en su lugar se analiza, en relación con la presunción general del dolo del Art. 1º.[2] Otras veces, en fin, resultan sólo redundancias (Art. 390).

[1] BELING, *Esquema,* p. 20.

[2] Véase Tercera Parte, Sección Primera, cap. IV.

2. Elementos normativos. También los elementos normativos pueden ser de dos clases:

a) Los que, siendo en sí normativos, desempeñan un papel descriptivo: falsificar "moneda de curso legal" (Art. 162); falsificar "documento público" (Art. 194); apropiarse "cosa mueble ajena" (Art. 432), etc. Estas expresiones, como se ha dicho, siguen siendo descriptivas y se refieren a la acción misma, a su resultado o a sus circunstancias.

b) Los que tienen un sentido valorativo: "sin derecho" (Art. 141), "arbitrariamente" (Arts. 158, 236), "sin motivo justificado" (Art. 272), "sin título legítimo" (Art. 459), y otros semejantes. Estas expresiones indican una contrariedad de la conducta con el derecho, y como tales, se refieren a la antijuridicidad de la conducta. A veces, son inútil repetición de los conceptos generales; otras, representan una advertencia al intérprete, de la que más adelante nos ocuparemos.

El dolo y el tipo. Para la generalidad de los seguidores del sistema finalista, dado que la acción está integrada por la voluntad final, y siendo el tipo una descripción de la acción, también el tipo incluye esa voluntad, a la que los autores en lengua castellana dan el nombre de **dolo**, y por tal razón se ocupan del dolo, su naturaleza, sus clases, sus requisitos y su exclusión, dentro del estudio del tipo. Del punto nos ocuparemos al tratar del dolo, en el capítulo relativo a la culpabilidad, pero es preciso adelantar, para evitar perplejidades, que los equívocos provienen de traducir el término alemán **Vorsatz** como **dolo**. La voz alemana significa simplemente **intención** o **propósito**; carece, por lo tanto, de toda referencia valorativa. En cambio, tanto nuestro Código, como el Código Español que le sirvió de modelo, identifican el dolo con **malicia**, expresión a la que es imposible asignar una significación neutra y sin valoración. Para nosotros, **dolo** es un término que se aplica a la voluntad finalista **sólo después de calificarla** en un juicio de reproche que se formula con determinados criterios: ese juicio de reproche es el que busca establecer la **culpabilidad** o **reprochabilidad**. Antes de formularlo, no se puede hablar de dolo. La voluntad es sólo la base fáctica de la valoración jurídica.

CLASIFICACIONES DE LAS FIGURAS

Las figuras delictivas, de acuerdo con su estructura, reciben diversas clasificaciones, que generalmente se extienden a los delitos mismos. Algunas de las más importantes son:

1. Figuras simples, calificadas y privilegiadas. Un mismo tipo delictivo puede regir comprensivamente varias figuras diferentes, que forman, por

así decir, una "familia" de figuras. Dentro de ella, hay una o más que, en virtud de determinadas circunstancias, reciben una penalidad mayor, y en tal caso se llaman **figuras calificadas** (caso del parricidio y del homicidio calificado en relación con el homicidio simple, Arts. 390 y 391). Ocurre a veces lo contrario, y en virtud de especiales circunstancias una figura tiene asignada menor penalidad que otra, y es entonces una **figura privilegiada** (aborto **honoris causa** en relación con el aborto causado por la propia mujer, Art. 344). La figura que sirve de base para determinar la calidad de privilegiada o calificada de otra es la figura **simple**.

2. Figuras simples y complejas. En las figuras **simples**, hay una lesión jurídica. En las figuras **complejas**, se trata en realidad de dos o más figuras distintas, que serían punibles por separado, pero que el legislador ha considerado como una sola para su tratamiento penal. Tal es el caso del robo calificado (Art. 433), que se produce cuando con motivo u ocasión del robo con violencia se cometiere además homicidio, violación o ciertas lesiones graves.

3. Figuras de una sola acción y de habitualidad. Esta clasificación se hace generalmente con respecto a los delitos, pero en verdad se fundamenta en la naturaleza de las figuras. En las de una sola acción, ella sola basta para hacer surgir la punibilidad. En las de habitualidad se exige la concurrencia de varias acciones, que no son punibles separadamente, sino como conjunto. Tal es el caso de la mendicidad (Art. 309), de la corrupción de menores (Art. 367). En las figuras de una sola acción, sin embargo, puede ocurrir que ella se exteriorice por medio de varios actos o movimientos corporales, lo que no obsta a que la acción siga siendo una sola: no hay varios delitos en el que injuria con varias expresiones ofensivas; en el falsificador que imprime muchos billetes de banco; en el ladrón que coge sucesivamente una docena de manzanas y las echa en un saco para llevárselas.

4. Figuras con singularidad y con pluralidad de hipótesis. Las figuras con singularidad de hipótesis son aquellas en que la acción descrita es una sola, y sólo susceptible de una forma de comisión. Las figuras con pluralidad de hipótesis son aquellas en que la descripción legal incluye múltiples formas de comisión. Se las llama también **figuras mixtas** o **tipos mixtos**, y se subdividen en dos grupos:[1]

[1] MEZGER, *Tratado*, I, p. 380; FINZI, MARCELO J., *Delitos con Pluralidad de Hipótesis en el Derecho Penal Argentino y Comparado*, Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 19

a) Figuras mixtas **acumulativas**. En ellas las diversas modalidades posibles de ejecución son netamente diferenciadas entre sí; independientes y no permutables (a veces son incluso incompatibles). En el fondo, son figuras distintas reunidas con una etiqueta común. Se diferencian, sin embargo, del delito complejo, en que este último exige que se realicen las dos o más hipótesis comprendidas en la descripción, en tanto que la figura acumulativa se satisface con la realización de cualquiera de ellas. Ejemplos de esta clase en nuestra legislación: el empleado público que "sustrajere o consintiere que otro sustraiga" los caudales a su cargo (Art. 233); el empleado público que "sustraiga o destruya" documentos puestos a su cargo (Art. 242); el empleado del servicio de Correos que "interceptare o abriere" la correspondencia (Art. 156);

b) Figuras mixtas **alternativas**. son situaciones en las cuales las diversas formas de acción son equivalentes entre sí, o simples matices de una misma idea. Tan equivalentes son, que para BELING constituyen "modalidades... dentro de un mismo tipo delictivo" (en las anteriores, los tipos son diferentes), hasta el punto que puede sancionarse cuando se ha realizado **una** de las modalidades con el dolo de la **otra**;[1] sería el caso del Art. 397, "herir, golpear o maltratar de obra a otro" (ej., se ha lanzado un cuchillo para **herir**, y éste lesiona al **golpear** con la empuñadura).

La diversidad de hipótesis puede referirse tanto a los **verbos** que designan las acciones realizadas ("interceptar o abrir la correspondencia"; "herir, golpear o maltratar de obra"; "sustraer o destruir documentos") como simplemente a las **modalidades** de ejecución de un mismo verbo (matar "con premeditación, alevosía, etc."; apropiarse "dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble"). Cuando la pluralidad se refiere a las modalidades, se trata siempre de un solo delito, y ordinariamente la concurrencia de más de una de las modalidades ni siquiera determinará por sí misma un tratamiento penal distinto (es lo mismo cometer un homicidio con premeditación, que con alevosía, que con ambas circunstancias a la vez). Cuando la pluralidad de **hipótesis** se refiere a los **verbos**, habitualmente habrá **un solo delito** si se trata

y ss. Entre nosotros se ha ocupado de este tema la valiosa monografía de ORELLANA, NEMROD, *Los Tipos Mixtos en el Código Penal Chileno,* Ed. Universitaria, S.A., Santiago, 1965.

[1] BELING, *op. cit.*, 24, Nº 1, pág. 76; SOLER, *op. cit.*, II, p. 179. La expresión "leyes mixtas" se debe a BINDING, y la división en "acumulativas" y "alternativas", a WERTHEIMER.

de una figura **alternativa** (comete un solo delito de lesiones el que hiere y golpea a la víctima), y **varios delitos** si se trata de una figura mixta **acumulativa** (ej., se decreta arbitrariamente la incomunicación de un reo y se le aplica tormento). Esto último es claro cuando las diversas hipótesis son incompatibles entre sí, pues en tal caso habrá que realizarlas sucesivamente o con respecto a objetos materiales diversos (sustraer y destruir documentos). En otro caso, habrá que examinar la situación concreta (incluso cuando se trata de hipótesis incompatibles, puede haber circunstancias de hecho en que opere la consunción y determine un concurso aparente de leyes, con un solo delito y no varios).

5. Otras clasificaciones

Existen también otras clasificaciones de los delitos, no siempre basadas en la estructuración de las figuras, de las que nos ocuparemos más detenidamente a propósito de los elementos del delito, de sus formas de aparición, o de las disposiciones de la Parte Especial que se ocupan de ellos. No obstante, mencionaremos las más importantes.

Delitos instantáneos y permanentes. Los primeros se cometen en un momento determinado y su consumación se agota allí. En los permanentes, la consumación se prolonga en el tiempo mientras dure la situación creada. Son excepcionales, pero tienen importancia para los efectos de la prescripción, de la determinación de la ley aplicable, de la aceptación de la legítima defensa, etc. Tales son, por ejemplo, el secuestro, la sustracción de menores, la usurpación. No deben confundirse con los delitos de **efectos permanentes**: estos últimos son instantáneos, pero las consecuencias de la acción consumativa se prolongan en el tiempo.

Crímenes, simples delitos y faltas. Es una clasificación propia de nuestra ley, basada en la gravedad de las infracciones. Nos hemos ocupado de ella al tratar de la definición de delito (Tercera Parte, Introducción).

Delitos políticos y comunes. Dentro de los políticos se distingue entre los **puros**, los **relativos** y los **conexos**. Se fundamenta esta clasificación en la naturaleza del bien jurídico protegido y tiene especial importancia en materia de extradición, a propósito de la cual nos hemos ocupado de ella.

Delitos de expresión, de intención y de tendencia. En los primeros, la acción asume o puede asumir la forma de expresiones verbales o escritas (injurias, amenazas); en los segundos, la ley exige una subjetividad o ánimo especial, como la finalidad de "satisfacer los deseos de otro" en el delito de corrupción de menores; en los

de tendencia, la acción no está bien precisada, y la ley recurre, para especificarla a la mención de la finalidad perseguida, por el autor o la exteriorización de su ánimo. De los delitos de expresión nos ocupamos en la Parte Especial; de los de intención y tendencia, a propósito de los elementos subjetivos del injusto, al tratar de la antijuridicidad.

Delitos de lesión y de peligro. Los delitos de lesión o daño son aquellos en que ocurre un efectivo menoscabo del bien jurídico protegido, o al menos la ley lo ha declarado así: son la gran mayoría de los delitos. En los delitos de peligro, como la denominación indica, basta para sancionar que dicho bien jurídico haya corrido un riesgo. Dentro de ellos se distingue entre los delitos de **peligro concreto**, en que se exige la efectiva comprobación del peligro corrido, y los de **peligro abstracto** o presunto en los cuales la ley presume, por el solo hecho de realizar determinada acción, que se ha puesto en peligro un bien jurídico. Estos últimos son generalmente agrupados bajo la denominación de "delitos contra la seguridad". De estas categorías de delitos nos ocupamos al tratar en la Parte Especial de los delitos de incendio y estragos y de los delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares.

Delitos de mera actividad y de resultado; de omisión simple y de comisión por omisión. Nos hemos ocupado de ellos a propósito de la estructura de la acción.

Delitos preterintencionales y calificados por el resultado. Son delitos en los cuales no existe una correspondencia exacta entre lo querido o previsto por el agente y lo efectivamente acaecido. Se consideran excepciones (o posibles excepciones) al principio "no hay pena sin culpa". Son explicados a propósito de este último principio, al tratar de la culpabilidad.

Delitos de propia actividad y delitos de posición. Los primeros, llamados también delitos de **propia mano**, son aquellos en que la especial calidad del ejecutor material del delito o su relación con la víctima son esenciales para el tipo, de modo que la misma acción, ejecutada por alguien que no posea esa calidad o relación, deja de ser típica. Los delitos de **posición** son semejantes, pero en ellos la especial calidad del sujeto activo es una calidad **jurídica**, como la del empleado público. En uno y en otro caso, la consecuencia es que sólo cabe coparticipación en ellos a los inductores y cómplices (entre nosotros, también a los encubridores): no puede haber coautores materiales o ejecutores. De estos delitos tratamos a propósito de la comunicabilidad en la participación criminal, y en la Parte Especial, al ocuparnos de los delitos de los empleados públicos.

FALTA DE TIPICIDAD

Por su propia naturaleza, no puede hablarse de causales sistematizadas de falta de tipicidad. Cualquiera discordancia entre un hecho y la descripción legal del delito determinará su falta de tipicidad. Con ello, el derecho penal habrá pronunciado su parecer respecto de dicho acto: es impune. No hay, por tal razón, vacíos en el derecho penal, que ante cualquier hecho tiene siempre un pronunciamiento: o es punible o impune.

Por esta razón, no puede haber punibilidad de las formas de participación ni de las formas imperfectas de delito en relación con un hecho atípico: este último no engendra responsabilidad penal para nadie.

Algún éxito ha tenido en la doctrina alemana la teoría llamada de la **adecuación social**, según la cual aquellas acciones que corresponden a una descripción típica legal, deben ser consideradas **atípicas** cuando son corrientemente admitidas dentro del contexto ético-social histórico de una sociedad determinada. Creemos que no es necesario recurrir a ella para interpretar restrictivamente el significado preciso de una descripción típica aparentemente muy extensiva: los criterios lógicos y valorativos de interpretación que hemos expuesto en su lugar bastarán para ello. Por otra parte, la adecuada conjugación de la descripción típica con la concurrencia de la causal de justificación consistente en obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, llevará también de ordinario a la exclusión de la punibilidad, pero por justificación, no por falta de tipicidad. Elaborar toda esta teoría para explicar la impunidad del corte de cabellos, o de las lesiones deportivas o de las resultantes de un tratamiento médico-quirúrgico equivale a emplear un cañón para matar un mosquito. Tal vez este esfuerzo sea necesario dentro de la ley alemana, donde ni siquiera después del nuevo código se contempla una justificante como la nuestra ya citada, pero no resulta relevante entre nosotros. Por otra parte, no puede desconocerse el grave peligro político que se deriva de la aceptación general de esta teoría: habría sido fácil invocarla, bajo el régimen nacionalsocialista de Alemania, para sostener que era típico que un judío quebrara la vitrina del comerciante ario, pero no era típico que el ario quebrara la vitrina del judío, porque esto último, frente a los "valores" impuestos por el régimen, resultaba conforme al "sano sentimiento popular". Los actos conformes a los intereses o ideas de las mayorías no serían típicos, por ser "adecuados"; los de resistencia o contestación de los miembros de las minorías, en cambio, serían "inadecuados" y, por tanto, punibles.

Capítulo III

LA VALORACION OBJETIVA DE LA ACCION: LA ANTIJURIDICIDAD

INTRODUCCION

Determinado que concurren los elementos substancial y formal del delito, o sea que existe una acción y que ella es típica, réstanos por efectuar una doble valoración de la misma. La primera de estas valoraciones es objetiva, e indica la conformidad o disconformidad entre dos órdenes de voluntades: la voluntad del sujeto, que ha dirigido la acción, y la voluntad del ordenamiento jurídico. Esta valoración, que es la antijuridicidad, se refiere todavía sólo a la acción objetivamente considerada, y no supone aún un juicio de reproche formulado al agente, lo cual es ya una valoración subjetiva, de la que corresponde ocuparse al tratar de la culpabilidad.

Para saber cuándo una conducta es contraria al derecho, debemos comenzar por recordar otra vez la distinción entre **norma** y **ley penal**. La ley penal se integra por una descripción y una consecuencia jurídica, que es la sanción (pena). Considerada estrictamente en sí misma, en su tenor literal, no manda ni prohíbe nada. Lo que verdaderamente manda o prohíbe es algo que trasciende la ley penal, que está fuera de ella, y que se llama la norma. ¿Dónde se encuentran esas normas? Aquí hay disconformidad entre los autores, y de ahí que existan diversas concepciones acerca de la antijuridicidad, ya que en definitiva la contradicción entre el acto humano voluntario y la voluntad del orden jurídico debe buscarse con auxilio de las normas, y no de la sola ley penal. Sólo la norma es imperativa; luego, sólo a ella se le puede obedecer o desobedecer.

Aunque parezca un contrasentido que a una característica del delito que se llama "antijuridicidad" se le quiera dar una esencia ajena al derecho, hay numerosas e importantes concepciones de la misma que buscan su fundamentación en un campo extrajurídico. En el fondo, se emparientan con las concepciones del delito que lo relacionan con un orden de valores ajeno al derecho.

STAMMLER[1] es el formulador de la doctrina llamada del "derecho justo", que hace depender la esencia misma del derecho, su validez como tal, de su conformidad con la idea de justicia. Su seguidor en el campo del derecho penal, GRAF ZU DOHNA,[2] estima que la antijuridicidad de la conducta está dada por su contrariedad a la idea de justicia. La acción es antijurídica, para este autor, cuando no es "un medio justo para un fin justo".

MAX ERNST MAYER[3] es el autor de una de las nociones más difundidas acerca de la antijuridicidad. Para él, este concepto surge de la oposición entre una conducta humana y las **normas de cultura**. La sociedad es una comunidad de intereses, cuyo conjunto constituye la cultura de aquélla. La ley penal no hace sino responder a este orden cultural, tutelando los intereses que lo forman. La contradicción con esas normas de cultura constituiría la esencia de la antijuridicidad, y MAYER define el delito como "un suceso imputable, comprendido en un tipo legal y contrario a las normas de cultura reconocidas por el Estado".

Importante es también el pensamiento de MEZGER. Aunque éste insiste en que su concepción es netamente jurídica, es preciso convenir en que ello no es exacto. Para MEZGER[4] la esencia de la antijuridicidad radica en que el hecho ofende un bien jurídico, pero éste, para ser bien jurídico, necesita ya ser un valor desde otro punto de vista: económico, cultural, social, etc. MEZGER dice rechazar la idea de un derecho natural, pero postula la existencia de un derecho "supralegal", que se identifica con la idea misma de derecho, y aparece referido a una conciliación armónica entre los intereses del individuo y los de la colectividad. Es la contrariedad de la conducta con esa idea –que además debe presidir la interpretación de la ley– la que en último término determina la antijuridicidad de la conducta. De ahí que MEZGER admita que a veces la ilicitud de una conducta resulte excluida por causales no señaladas en la ley, pero que determinan su conformidad con la "idea de derecho" ("causales supralegales" de justificación).

Una posición que ha tenido muchos seguidores es la de VON LISZT,[5] quien distingue entre una antijuridicidad **formal** y una substancial o **material**. La primera sería una simple contradicción entre la conducta y el orden jurídico, que no significa todavía una valoración de la conducta

---

[1] STAMMLER, RUDOLPH, *Filosofía del Derecho,* Ed. Reus, Madrid, 1930.

[2] DOHNA, ALEXANDER GRAF ZU, *Estructura de la Doctrina del Delito,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

[3] MAYER, MAX ERNST, *op. cit.,* y *Filosofía del Derecho,* Ed. Labor, Barcelona, 1937.

[4] MEZGER, *Tratado,* I, pp. 387 y ss.

[5] VON LISZT, *op. cit.,* II, pp. 335 y ss.

(concepto muy aproximado al de tipicidad), en tanto que la segunda significa un ataque a un bien jurídico de valor social. De ordinario, coincidirán ambas especies de antijuridicidad, pero ocasionalmente podrán diferir. En realidad, la nota esencial, indispensable para que una conducta pueda calificarse de antijurídica, es la ofensa al valor social, por lo cual esta doctrina es también extrajurídica, y a la antijuridicidad bien puede llamársela "antisocialidad", como hace el propio VON LISZT **(Gesellschaftwidrigkeit)**. Posición parecida sustenta en Italia MAGGIORE,[1] quien hace radicar la substancia de la antijuridicidad en la grave ofensa a la ley moral.

LA CONCEPCION JURIDICA

Otras tesis se mantienen dentro del plano del derecho como criterio de fundamentación de la antijuridicidad, aunque difieren en cuanto a la naturaleza de ésta. Son en verdad estas concepciones las que sirven dentro de la ciencia jurídica, cualquiera que sea el valor filosófico o sociológico que asignemos a las tesis extrajurídicas. No se puede pretender fundamentar la contrariedad al derecho en algo que no es el derecho. Resulta inconsecuente que para hacer una valoración del hecho en relación con el derecho vigente (juicio de antijuridicidad) tenga que recurrirse a criterios extrajurídicos. Por lo demás, frente a la tarea concreta del juez resulta impreciso, y hasta peligroso, remitirlo a puntos de vista sociológicos o políticos. Piénsese en el significado siniestro que pueden adquirir expresiones inocuas y hasta simpáticas, como la de "sano sentimiento popular".

Dentro de las concepciones jurídicas, hay dos criterios fundamentales: el subjetivo y el objetivo.

1. CRITERIO SUBJETIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD. Ha sido defendido en Alemania, por BINDING y por MERKEL. Se orienta en esta dirección, dentro de los italianos, el pensamiento de ANTOLISEI.[2] Para BINDING, una acción contraria al derecho sólo puede ser dolosa o culposa; no hay ilicitudes inculpables. La antijuridicidad no sería la infracción de la **norma** en general, sino la violación del **deber**, que es individual y depende de las circunstancias concretas. Así, un hecho podría ser antijurídico para el autor y justificado para el cómplice. En realidad, esta concepción lleva a confundir la valoración objetiva (antijuridicidad) con la subjetiva (culpabilidad).

[1] MAGGIORE, *op. cit.*, I, p. 386.
[2] ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 146-147.

Cosa distinta es la de determinar si, siendo la antijuridicidad esencialmente objetiva, puede admitirse, para calificarla, la presencia de elementos o criterios subjetivos. Este tema, designado como "elementos subjetivos del injusto", ha sido objeto de considerable estudio en Alemania.

2. CRITERIO OBJETIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD. Hay entre las concepciones objetivas dos posiciones fundamentales:

a) La que hace residir la esencia de la antijuridicidad en la ofensa de un **bien jurídico.** PETROCELLI,[1] en la línea de IHERING, define el "bien" como "todo lo que es apto para la satisfacción de una necesidad humana, material o ideal". El bien pasa a ser llamado "bien jurídico", cuando es reconocido como un bien por el derecho, que le brinda su protección. Los partidarios de esta concepción estiman que es la lesión de dicho bien **jurídico** (no simplemente de un bien social, cultural, económico, etc.), lo que constituye esencialmente la antijuridicidad. La acción, para ser antijurídica, debe ser **dañosa** (real o potencialmente). Entre otros, piensa así CARNELUTTI.[2]

b) La que coloca la esencia de la antijuridicidad en la contrariedad a la **orden** dada por la norma. Desde el momento en que una acción está prohibida por la norma, es antijurídica, sin necesidad de que el intérprete indague si ha sido realmente dañosa o no. Esto lo determinó anticipadamente el legislador al prohibirla. Tal es la posición que nosotros estimamos más acertada, según se explica más adelante. Defienden este criterio GRISPIGNI[3] en Italia, BELING[4] en Alemania, SOLER[5] en Argentina. En el fondo, este pensamiento sigue también la concepción de CARRARA.[6] Entre nosotros, LABATUT se manifiesta partidario de la distinción entre antijuridicidad formal y material, como VON LISZT, y hace radicar la esencia de esta última en la violación de las normas de cultura, como MAX ERNST MAYER.[7] ORTIZ MUÑOZ, discípulo de VON LISZT, participa íntegramente del pensamiento de éste.[8] En cambio, NOVOA profesa una tesis jurídica, pero que hace estribar la esencia de la antijuridicidad en el

[1] PETROCELLI, BIAGIO, *op. cit.*, p. 119.

[2] CARNELUTTI, FRANCESCO, *El delito,* Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1952; *Teoría general del delito,* Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

[3] GRISPIGNI, op. cit.

[4] BELING, *Esquema,* pp. 22 y ss.

[5] SOLER, *op. cit.*, I, especialmente pp. 316 y ss.

[6] CARRARA, *Programa,* §§ 33 y ss.

[7] LABATUT, *op. cit.*, pp. 141-142.

[8] ORTIZ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 38.

daño, real o potencial, del bien jurídico protegido (a la manera de CARNELUTTI). Advierte, eso sí, que el daño no siempre es material, y puede ser puramente jurídico, abstracto.[1] CURY define la antijuridicidad como "desvalor objetivo de una conducta final típica", desvaloración dada por la norma. COUSIÑO considera que la antijuridicidad brota de la función de valoración de la norma jurídica. Para GARRIDO MONTT, "la antijuridicidad es un juicio de valor que establece la posible relación de contradicción entre el ordenamiento jurídico y un comportamiento". Esencialmente, coincidimos con estos puntos de vista.[2]

LA ESENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Como se ha dicho, el criterio de la esencia de la antijuridicidad debe buscarse dentro del derecho positivo. En seguida, resulta rechazable la concepción subjetiva de aquélla, que equivale a confundir la valoración objetiva con la subjetiva (culpabilidad). Dentro de las concepciones jurídico-objetivas nos parece también errada la que coloca la substancia de la antijuridicidad en el daño o calidad real o potencial de dañosa que la conducta pueda tener para un bien jurídicamente protegido, ya que tiende a confundir la misión del intérprete con la del legislador. Es cierto que el legislador, al prohibir unas conductas y mandar otras, realiza un tarea valorativa: estima a unas socialmente inconvenientes (o dañosas) y a otras, necesarias. Pero una vez concretado su criterio en una norma, que manda o prohíbe, esa especial valoración ya está terminada, y la valoración del intérprete se hará según la norma, no según valores que inspiraron al legislador. El legislador ha prohibido, v. gr., el homicidio, porque lo estima lesivo al bien jurídico **vida**. Pero una vez enunciada su prohibición, el intérprete sólo debe considerar si determinada acción de homicidio está o no prohibida, y no si es o no es dañosa para el bien jurídico en cuestión (ya que puede ocurrir que para la víctima la vida haya sido una pesada carga y no un bien, e incluso que haya consentido en su propia muerte). Como acertadamente afirma PETROCELLI: "Lo que es esencial para que el ilícito se verifique, no es el efectivo ser del daño, sino la afirmación de su existencia por parte del legislador... Brevemente: no se considera la acción en cuanto **dañosa**, sino en cuanto **legalmente calificada de dañosa**". Esto no impide, na-

[1] NOVOA, *op. cit.*, pp. 328 y ss.

[2] CURY, *op. cit.*, I, pp. 306 y s.; COUSIÑO, *op. cit.*, II, pp. 55 y ss.; GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 103.

turalmente, que a veces la ley haya subordinado su orden a la comprobación de la efectiva realidad del daño o del peligro, y en tal caso habrá que verificar esta circunstancia. Pero ello ocurrirá por el expreso mandato de la norma.

La norma jurídica es esencialmente **imperativa**.[1] No se encuentra en el terreno del puro ser, sino del deber ser. El derecho es una voluntad objetivizada (voluntad normante); el hombre tiene una voluntad personal (voluntad normada). La contradicción entre estos dos órdenes de voluntades constituye la esencia de la antijuridicidad: la violación de la **orden** (o más brevemente, violación de la **norma**). Y este mandato normativo sólo puede deducirse del ordenamiento jurídico como una totalidad, y no de otras fuentes extrajurídicas.

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO

Sin caer en la concepción subjetivista de la antijuridicidad, la doctrina alemana ha estudiado, y hoy acepta generalmente, la existencia de los llamados "elementos subjetivos del injusto".[2] Se trataría de ciertos casos en que la antijuridicidad de la conducta dependería de factores subjetivos del hechor. Se cita como un grupo de estos casos el de los delitos **de intención**, es decir, de aquellos en que la ley exige una subjetividad especial, como el "ánimo de lucro" en el hurto. Faltando tal ánimo, se dice, la acción no sería antijurídica. En nuestro concepto, se trata de referencias al elemento subjetivo de la acción (voluntad finalista), que cumplen una función puramente descriptiva. La concurrencia del ánimo de lucro sólo nos dice que la acción es adecuada a la figura legal, pero nada nos dice todavía sobre su valoración jurídica (puede ser justificada por estado de necesidad, v. gr.). Si falta el ánimo de lucro, la acción no es adecuada a la figura (no es típica). Y en este último caso puede todavía ser antijurídica, incluso desde el ángulo puramente civil.

Otro caso que se cita es el de los delitos **de tendencia**, como la injuria, en que la acción no está bien precisada, y la ley se refiere a ella indicando la finalidad perseguida o la exteriorización de un estado de ánimo del hechor. Ya hemos dicho que el ánimo de injuriar tiene, en nuestra opinión, un doble papel: es una referencia descriptiva a la vo-

[1] Posición contraria ha sido sostenida, v. gr., por KELSEN, *op. cit.*, y COSSIO, *Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho,* Ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1952.

[2] Véase MEZGER, *L. de estudio,* pp. 133 y ss.; WELZEL, *op. cit.,* pp. 83 y ss.

luntad finalista (igual que en el grupo anterior) y es un criterio para determinar la objetividad de la acción realizada (que debe ser idónea para exteriorizar el propósito del autor). Los alemanes citan en este grupo el delito de **acción impúdica**, que aparece caracterizado por la circunstancia de tender a satisfacer el apetito sexual (lo que en nuestra ley no ocurre). Siempre concurre la exigencia de idoneidad objetiva de la acción realizada. Si un médico reconoce los órganos genitales de una mujer limitándose estrictamente a la actividad indispensable para cumplir su función según las reglas de la medicina, su acción está objetivamente justificada,[1] aunque interiormente satisfaga su instinto sexual. De lo contrario, habría que sancionarlo por una posición puramente anímica, lo que, como habría dicho CARRARA, sería transformar la ley en un instrumento del ascetismo.

En la doctrina nacional, la exigencia de subjetividad en las causales de justificación es afirmada por CURY, COUSIÑO y GARRIDO MONTT,[2] quienes, además de las razones lógico-sistemáticas que desarrollan, piensan que el texto de nuestra ley positiva exige ese elemento subjetivo, al emplear términos como "en" defensa (Art. 10 Nos 4º, 5º y 6º) (legítima defensa); el mismo en el Art. 10 Nº 10 ("en" cumplimiento de un deber o "en" ejercicio legítimo de un derecho); y "para" en los Arts. 10 Nº 7º (estado de necesidad) y 145 (justificante específica en la violación de domicilio).

En nuestra opinión, si el fundamento de la justificación de una conducta radica en su conformidad a la voluntad de la norma (así, CURY la caracteriza como "la finalidad de obrar en el sentido de la justificante"), la ausencia de dicha finalidad (por ignorar la concurrencia objetiva de sus circunstancias) no puede cambiar la "voluntad de la norma", ni la "conformidad al derecho" del resultado producido. En realidad, es difícil imaginar esta clase de situaciones, y tal vez por esa razón, al menos entre nosotros, no se conocen casos jurisprudenciales en que se niegue la justificación del hecho, pese a la concurrencia de sus circunstancias objetivas, por estar ausente la intencionalidad correspondiente. No obstante, intentaremos ejemplificar una situación semejante. Un policía detiene a un malhechor, pues tiene el convencimiento íntimo de la responsabilidad de éste en un delito cometido hace poco tiempo. Lo que el policía ignora es que se ha dictado la correspondiente orden de

[1] Cf. NOVOA, *op. cit.*, p. 337.

[2] CURY, *op. cit.*, pp. 316 y ss.; COUSIÑO, *op. cit.*, II, pp. 137 y ss.; GARRIDO MONTT, *op. cit.*, pp. 113 y ss.

detención, que debe ser cumplida por él mismo. Conforme al punto de vista aceptado por los autores ya citados, no se daría en este caso la justificante de obrar "en el cumplimiento de un deber", ya que, al ignorar la existencia de éste, el policía no habría obrado "para" cumplir con él. Habría que sancionarlo como autor del delito de detención ilegal (a lo más con la atenuante de "haber obrado por celo de la justicia"). Nos resistimos a aceptar esa conclusión, porque creemos que la voluntad de la norma sigue siendo que el delincuente sea aprehendido, lo que no cambia por la ignorancia del obligado. Profundizando más la cuestión, llegaríamos a una conclusión sorprendente: en una situación como la descrita, sería antijurídico que el policía aprehendiera al delincuente (por faltarle la "finalidad" de cumplir con su deber) y también sería antijurídico que no lo detuviera, pues está legalmente obligado a hacerlo. En este último caso, solamente podría alegar ignorancia de la orden, que le daría derecho (suponiendo que la ignorancia fuere invencible) a una exculpación por putatividad, pero no a una justificación.

La situación puede no presentarse tan diáfana en las restantes causales de justificación que solamente otorgan una autorización para obrar, no imponen un deber, ya que aquí no puede afirmarse de un modo categóricamente positivo que la voluntad del derecho (en un sentido obligatorio) sea que se obre de determinada manera (el atacado puede decidir huir o someterse a la agresión; el necesitado puede preferir el sacrificio de su propio bien en vez del ajeno; el titular de un derecho puede renunciar a ejercitarlo), pero siempre se advierte que el resultado producido en cada uno de estos casos no repugna al derecho y es expresamente permitido por éste (se salvó la vida; se salvó el bien más importante; se ejercitó un derecho legítimo). Por no existir la "finalidad" respectiva, ¿sería acaso conforme al "sentido de la justificante" (según la expresión de CURY) que el agredido se dejara matar, o golpear, o encerrar; o que el bien más valioso fuera sacrificado? Pensamos que no. ¿Y cuál podría ser la "finalidad" en la justificante de "consentimiento del interesado"?

El recurso a las expresiones de la ley (fundamentalmente "en" y "para") no ofrece a nuestro juicio un sustento suficiente en nuestra ley positiva. Se ha querido dar a la expresión "en" un sentido de "finalidad" al emplearse respecto de la legítima defensa, del ejercicio de un derecho y del cumplimiento de un deber. Claramente nos parece que en estos dos últimos casos la expresión está empleada en otro sentido: no alude a la "voluntad" o "intención" de cumplir un deber, de ejercitar un derecho, sino a que respecto del agente se ha producido una situación que lo obliga a obrar o se lo permite. La ley emplea la expresión "en" con sentidos muy diversos: tener una cosa "en depósito" (Art. 470)

no es tenerla "con el fin" de depósito; cometer un delito "en el desempeño de su cargo" (epígrafe del Título V del Libro II) no es cometerlo "con la finalidad" de desempeñar el cargo, etc. Gramaticalmente, la preposición "en" denota "tiempo", "lugar" o "modo", excepcionalmente otras situaciones, entre las cuales no se cuenta la "finalidad": sólo a veces "causa" (como sería "en su deseo de llegar pronto, no advirtió los obstáculos").

Mejor base parece ofrecer la expresión "para", ordinariamente empleada con el sentido de propósito o finalidad, y que se encontraría en la legítima defensa (medio empleado "para" impedir o repeler la agresión; el estado de necesidad, "para" evitar un mal) y en la justificante especial de la violación de domicilio ("para" evitar un mal grave o "para" prestar algún auxilio, Art. 145). Sin embargo, aun en estos casos se alude a la efectiva concurrencia de la agresión, del mal temido o de la necesidad de auxilio. Si el sujeto entró en morada ajena con otra finalidad, pero una vez adentro evitó un mal grave (extinguió un incendio que comenzaba), negarle la justificante (porque al realizar el acto típico de "entrar" no tenía la "finalidad" de evitar el mal) significaría que la ley estaría más satisfecha si el sujeto no hubiera entrado y el incendio hubiera consumido la casa y tal vez causado la muerte de los moradores. Volvemos a la aporía de la antijuridicidad de los dos extremos de la alternativa, que es lógica y valorativamente inaceptable. El que sin conciencia de ello coopera a la producción de un resultado querido por la ley, cumple los fines de ésta, se orienta en su mismo sentido, y no podría acusársele de "contrariedad" con la misma. De lo contrario, estaríamos transformando la conformidad con el derecho en un premio a la virtud.

LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DE LA FIGURA

Al tratar de la estructura de las figuras, dijimos que en determinados casos éstas empleaban conceptos normativos ("cosa ajena", "documento público", etc.), que tenían un papel puramente descriptivo, y se referían sólo a la acción y a sus circunstancias. Otras veces, en cambio, había referencias propiamente valorativas ("sin derecho", "ilegítimamente", "ilegalmente", "arbitrariamente", etc.). Estas expresiones, advertimos, resultaban en ciertos casos meras redundancias. Pero en muchos otros casos tienen un papel especial que desempeñar. En efecto, cuando la ley describe una conducta y le asigna pena, es porque el legislador considera que tal acción es dañosa, y en consecuencia, la prohíbe. Sólo

excepcionalmente admite el legislador que puede tal conducta no resultar dañosa, y permitirse o mandarse. Pero la regla general será que una acción descrita en una figura y conminada allí con pena, sea prohibida por el derecho, y en consecuencia, antijurídica. Por eso ha podido decir MAYER que la tipicidad tiene un valor **indiciario** respecto de la antijuridicidad.[1]

Ocurre, sin embargo, a veces, que el legislador quiere prohibir una conducta sólo en circunstancias muy especiales, de modo que ordinariamente la realización de tal conducta, aunque típica, no será antijurídica, por la falta de las especiales circunstancias que determinan su prohibición. La regla general será entonces la inversa; la ejecución de la conducta típica **no será** a la vez antijurídica, sino arreglada a derecho. Ello ocurre respecto de las conductas típicas que frecuentemente son autorizadas o mandadas por la ley, o respecto de las cuales ella ha establecido especiales causas de justificación. Tal es el caso del encierro de otra persona. La mayor parte de los encierros que ocurren en la vida real están autorizados o mandados por el derecho: el encierro de los procesados o condenados; de los enajenados mentales peligrosos, de los enfermos contagiosos; de los hijos por parte de los padres en uso de sus facultades de moderada corrección; de los ocupantes de un avión, de un submarino o aun de un ascensor. El encierro constitutivo de secuestro o de detención ilegal será la excepción. Por esta razón, al tipificar estos delitos, la ley se ha cuidado de decir "sin derecho" (Art. 141) e "ilegal y arbitrariamente" (Art. 148). Aunque no lo hubiera dicho, siempre sería de exigir que estas conductas se realizaran antijurídicamente, pero al emplear estas expresiones la ley quiere advertir al intérprete que la antijuridicidad es en estos casos excepcional, o que existen particulares causas de justificación.[2]

EXCLUSION DE LA ANTIJURIDICIDAD

Se ha dicho, sin perjuicio de los casos excepcionales señalados en el párrafo precedente, que en general, cuando la ley señala una pena como consecuencia de la realización del hecho que describe, es porque desea prohibirla, y que, por ende, esa acción, además de ser típica, será ordinariamente antijurídica. Sin embargo, hay casos en los cuales la ley permite u ordena la ejecución de un acto típico. En esas circunstancias,

[1] MAYER, *op. cit.*, p. 185.
[2] Cf. ORTIZ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 41.

el acto, sin dejar de ser típico, ya no es antijurídico, pues no está prohibido por la norma. Esos casos especiales son las llamadas "causales de justificación", que hacen que una conducta típica sea lícita. El término "causales de justificación" está bien empleado, porque la concurrencia de alguna de ellas hace que el acto sea objetivamente lícito **para todo el derecho**, y no sólo para el derecho penal. Así, el que mata en legítima defensa no solamente no es castigado por la ley penal, sino que tampoco debe indemnizaciones civiles.

¿Cómo operan estas causales de justificación? Debemos recordar que el fin del derecho todo es la protección de los intereses, y que las acciones se conminan con pena cuando se las estima dañosas para algún interés que el derecho quiere proteger. Este interés, de hecho, puede existir o no existir, pero siempre la norma se dicta en el supuesto de que existe, y para protegerlo. Tal es el caso del interés en el bien jurídico **vida**, que a veces puede no existir, pero que el legislador siempre supone, al sancionar el homicidio, aunque sea a pedido de la víctima. Mas a veces la ley ha subordinado su orden a la comprobación de que efectivamente existe el interés que ha querido proteger, esto es, no lo presume. Así, si el interés de hecho no existe, desaparece la antijuridicidad, pero no por falta de **daño**, sino por falta de **prohibición**. La existencia o ausencia del interés se manifiesta por la actitud explícita o implícita de su titular, que indica que no existe o que desea sacrificarlo. En otras ocasiones, estos intereses entran en conflicto, y no pueden subsistir simultáneamente: uno de ellos debe ser sacrificado al otro. En estos casos el orden jurídico desea que el interés menos importante sea sacrificado, y que el más importante prevalezca. Cesa, en consecuencia, para el titular del bien jurídico más importante, la obligación de no atentar contra el menor, y recibe la orden, o al menos la autorización, de sacrificarlo. En estas hipótesis, ocurre en ocasiones que la ley ha señalado directamente cuál es el bien jurídico que debe prevalecer, en tanto que otras veces señala sólo principios o criterios conforme a los cuales el juez decidirá cuál interés ha debido primar sobre el otro.

MEZGER[1] llama a estos dos principios, respectivamente, "el principio de la ausencia del interés" y "el principio del interés preponderante". Aunque el autor modificó posteriormente esta terminología,[2] la mantendremos en esta obra, por corresponder en esencia a la idea que inspira a las respectivas causales de justificación.

[1] MEZGER, *Tratado,* I, pp. 393 y ss.

[2] Véase MEZGER, *L. de estudio,* I, Segunda Parte, cap. II b).

EL PRINCIPIO DE LA AUSENCIA DEL INTERES: CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO

Al principio de la ausencia del interés responde prácticamente una sola causal de justificación: el **consentimiento del interesado**. MEZGER agrega el **consentimiento presunto**, que en realidad puede reducirse a un caso más dentro de la causal anterior.

El Digesto expresaba ya el principio de que lo querido no causa ofensa, **volenti non fit injuria**.[1] A este propósito, no resulta del todo exacto hablar del consentimiento del **ofendido**, o del **sujeto pasivo**, ya que siendo el acto lícito, no hay ofensa, ni víctima, sino más bien de consentimiento del **interesado**, ya que la calidad jurídica en que se consiente es la de titular del interés.[2]

La posición de los autores respecto de la procedencia y validez de esta causal ha variado según el tono político o filosófico de la época: preeminencia del interés individual (mayor aplicación de la causal) o del social (menor validez). La opinión más seguida en doctrina es la que distingue entre bienes **disponibles**, respecto de los cuales tendría relevancia el consentimiento del interesado para sacrificarlos y justificar el acto ajeno, y los **no disponibles**, respecto de los cuales no tendría validez la causal en estudio. Otros juristas asimilan el consentimiento del interesado al consentimiento en cualquier negocio jurídico.[3]

Nuestra ley no contiene una sistematización expresa del consentimiento del interesado como causal de justificación. Sin embargo, encontramos referencias aisladas a esta circunstancia en algunas figuras delictivas de la Parte Especial. Así, la violación de domicilio consiste en entrar en morada ajena "contra la voluntad" del morador (Art. 144); el hurto (Art. 432), en apropiarse cosa mueble ajena "sin la voluntad" de su dueño; el interés no comprometido hace desaparecer la antijuridicidad del hecho. Se dice a veces que aquí más bien faltaría la tipicidad, lo cual es exacto sólo en cuanto faltaría la "figura de ilicitud" correspondiente, ya que la figura puede contener referencias a especiales requisitos de antijuridicidad o de justificación, como es el caso.[4] En otras situaciones, el análisis del texto de la ley da margen para sostener la relevancia del consentimiento del interesado como causal de justifica-

---

[1] DIGESTO, 47, 10, I, Nº 5.

[2] Cf. SOLER, *op. cit.*, I, p. 340, texto y nota 1, citando a CARNELUTTI, *Il danno e il reato.*

[3] CARNELUTTI, *El delito,* pp. 92 y ss.; GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso,* citado por SOLER, *op. cit.*, I, p. 340, Nº 2.

[4] NOVOA, *op. cit.*, p. 410.

ción. Tal cosa ocurre, v. gr., en los delitos de violación (Art. 361) y de secuestro (Art. 142), en los que la falta de voluntad de la víctima parece indispensable para que el hecho sea delictivo: las tres hipótesis de violación muestran que en ellas falta la voluntad de la mujer o que aquélla carece de relevancia penal, y el consentimiento en el secuestro mostraría más bien un ejercicio de la libertad que la privación de ella, como la ley exige. NOVOA cita también los delitos de estupro y estafa,[1] pero, a nuestro juicio, son incompatibles con esta causal, pues en ellos el elemento fundamental es el engaño, y es imposible consentir en ser engañado, pues en tal caso ya no hay engaño.

En las restantes situaciones, la ley nada nos dice, y deberemos guiarnos por la doctrina más aceptada, para distinguir entre los bienes "disponibles" y los "no disponibles". Que un bien sea "disponible" no significa que sea "enajenable", sino simplemente que es "sacrificable" por el titular. La regla general, tal como la enuncia SOLER,[2] radica en que cuando en la tutela del interés hay un motivo de carácter general y público, aunque también haya un motivo de protección privada, el consentimiento no es suficiente para eliminar la antijuridicidad de la conducta. De acuerdo con este criterio, no procede el consentimiento del interesado en aquellos delitos que se refieren a bienes jurídicos comunes, sin un titular determinado (seguridad interior y exterior del Estado, administración pública, administración de justicia, fe pública, tranquilidad y seguridad públicas, orden de las familias –con ciertas excepciones–, moralidad pública). Tampoco procede en los delitos contra la **vida**, la **integridad corporal** y la **salud**, salvo por lo que toca a la autolesión. En cambio, la cooperación al suicidio es antijurídica, lo mismo que la eutanasia, o muerte consentida por la víctima. En los delitos contra la **propiedad** o **patrimonio**, se admite uniformemente que el consentimiento del interesado hace desaparecer la licitud (hay incluso una referencia expresa en el hurto y el robo). Solamente se exceptuarían los casos en que aparece además comprometido un interés general, como la seguridad pública (caso del incendio) u otro semejante (caso de los daños calificados, que recaen en puentes, caminos, museos, etc.). En los delitos contra la honestidad, la regla general es la improcedencia de la causal, ya que ordinariamente la ley ha querido proteger la moralidad pública y no la privada. Por excepción se admite su relevancia en los delitos en que aparece primordialmente protegida la libertad sexual

[1] NOVOA, *op. cit.*, p. 411.
[2] SOLER, *op. cit.*, I, p. 342.

(violación, rapto, abusos deshonestos), salvo el estupro, con cuya naturaleza es incompatible, por exigirse engaño.

En los delitos contra la **libertad**, generalmente no tiene validez el consentimiento del interesado si se trata de las particulares figuras en que el sujeto activo es un empleado público que abusa de sus funciones, ya que en tal caso hay un interés público comprometido, junto con el del particular que es víctima. En los demás casos, el consentimiento del interesado podría justificar el acto. El más discutido es el de los delitos contra el **honor**. SOLER, siguiendo a GRISPIGNI,[1] cree que el consentimiento es eficaz en ellos para hacer desaparecer la ilicitud. Parece ser ésa la buena doctrina, ya que en principio no se advierte por qué la libertad sería más renunciable que el honor. Esta conclusión se refuerza –aunque ello no sería argumento bastante por sí solo– considerando que entre nosotros los delitos contra el honor son de acción privada, o sea, su persecución depende del requerimiento del interesado (no habría un interés público en su castigo).

En los casos en que el consentimiento es procedente como causal de justificación, para su validez es preciso que el interesado lo sea verdaderamente (titular del interés), y sea un adulto capaz de discriminar y con facultad de disponer del interés. Esto se deduce de las reglas generales sobre culpabilidad, y de la irrelevancia del consentimiento del incapaz en los delitos de sustracción de menores, inducción a abandono de hogar, violación y rapto. El consentimiento debe prestarse libremente (sin coacción) y con conocimiento de causa (sin error). Deben darlo todos los interesados, si son varios los titulares del interés sacrificado. No es necesario, en cambio, un consentimiento formal y explícito: basta una actitud pasiva de aceptación (consentimiento tácito).

EL PRINCIPIO DEL INTERES PREPONDERANTE: LA ACTUACION DEL DERECHO

Bajo el rubro de **actuación del derecho** agrupamos aquellos casos en que el orden jurídico expresa o tácitamente impone o autoriza la realización de actos típicos. En nuestra ley, cuyo texto es amplio en este sentido, y evita muchos problemas con que batalla la doctrina extranjera, estos casos son: el **cumplimiento de un deber**, el **ejercicio legítimo de un derecho**, el **ejercicio legítimo de una autoridad o cargo**, el **ejercicio legítimo de una profesión u oficio** y la

[1] SOLER, *op. cit.*, I, p. 348, texto y cita de GRISPIGNI en nota 3 de página 240.

omisión por causa legítima. En general, en estas situaciones la ley ha previsto por anticipado la hipótesis de un conflicto de intereses y lo ha resuelto en forma directa en favor del interés a que particularmente se ha referido. Así, en el conflicto entre el interés (jurídicamente protegido) de la inviolabilidad de la correspondencia y el interés (también protegido por el derecho) en la investigación y sanción de los delitos, la ley da preferencia directa a este último, autorizando al juez para imponerse de la correspondencia dirigida al reo, en ciertas circunstancias. La ley contempla todas estas situaciones en el Art. 10, números 10 y 12.

1. El cumplimiento de un deber. Cuando la ley se refiere al "cumplimiento de un deber", se refiere a un deber **jurídico**, emanado del derecho todo, no a otra clase de deberes. La obligación puede provenir de la ley misma, o de decretos, ordenanzas, etc., siempre que se fundamenten en una ley y no sean contrarios a ella.

El deber jurídico puede ser de dos clases: substancial o formal. El deber **substancial** existe cuando la ley directamente ordena la realización de determinada conducta. El deber **formal** existe cuando la ley no ordena las conductas, sino que manda realizar las que otra persona determine: también se llama deber de **obediencia**. Cuando el deber de obediencia se refiere al cumplimiento de órdenes lícitas, es simplemente un caso de esta causal de justificación. Si se refiere al cumplimiento de órdenes ilícitas del superior, deja de ser una causal de justificación, pues el acto será intrínsecamente contrario al derecho. Es sólo una causal de inculpabilidad, que se estudiará más adelante.

Pero no siempre que la ley impone un deber está justificando la realización de actos típicos. Para que esta causal pueda valederamente invocarse, es preciso:

a) Que la ley ordene directa y expresamente la realización de actos típicos: ejecución de la sentencia de muerte, registro de la correspondencia del reo, etc.

b) O bien, que la ley imponga un deber de tal naturaleza que tenga que ser cumplido, siempre u ordinariamente, a través de la realización de actos típicos, aunque éstos no sean expresamente indicados. En tales casos es lícito concluir que el legislador ya debe haber tomado en cuenta esta situación cuando impuso el deber, y por tanto el correcto sentido de la norma es el de justificar tales actos. Es el caso del deber de los agentes de policía de proceder a la aprehensión de los delincuentes: en caso de resistencia, aun pasiva, será forzoso ejercer conductas de fuerza física o de intimidación, que en otras circunstancias serían antijurídicas.

No estaría justificado, en cambio, el comprador que, obligado a pagar el precio por la ley y por el contrato, ocupara para ello dinero ajeno que tiene en depósito sellado. No podría sostener que su acto está excusado por el "cumplimiento de un deber", ya que ni la ley ni el contrato lo obligan a realizar actos típicos, ni es su deber de tal naturaleza que deba forzosamente realizarlos.

En caso de **colisión de deberes**, debe prevalecer el especial con respecto al general, y si hay varios especiales, en orden de más especial a menos especial.[1] Si no se encuentran en esta relación o se trata de un mismo deber genérico que obliga a realizar varias acciones, será preciso, en el primer caso, atender a la jerarquía o importancia de los bienes que la ley intenta proteger a través de la imposición del deber, para dar preferencia al de mayor entidad, y en el segundo caso, el agente se justifica, en la imposibilidad de cumplir con todos, con realizar cualquiera de ellos (aunque esto sería más bien el caso de una omisión justificada). Generalmente, la propia ley se encarga de resolver este conflicto. Por sobre la obligación de declarar como testigo, que pesa sobre todo ciudadano, está el deber más específico del profesional de guardar secreto sobre lo que se le ha confiado; prevalece este último deber, que es especial. Y por sobre la obligación de secreto del profesional está la obligación del médico de denunciar ciertas enfermedades venéreas que observe en sus pacientes, que le impone el Código Sanitario: este último deber es especial, y se antepone al general.

2. El ejercicio legítimo de un derecho. Hay casos en los cuales la ley no impone una conducta determinada, pero otorga, concurriendo ciertas circunstancias, la facultad de realizar actos típicos. A ello se refiere el Art. 10 Nº 10, cuando declara exento de responsabilidad al que ha obrado "en el ejercicio legítimo de un derecho". Dos condiciones son necesarias para que esta causal justifique un hecho típico:

a) Que exista un derecho. Igual que en el caso del deber, el derecho existe cuando el orden jurídico faculta expresamente para la realización de actos típicos (padres que abren la correspondencia de los hijos), o confiere una autorización de tal naturaleza, que ordinariamente ella deberá ejercerse a través de la realización de actos típicos (facultad de los padres para castigar y corregir moderadamente a los hijos). No podría invocar esta causal, en cambio, el que incendia su casa con el pretexto de ejercitar la facultad de "disposición" que integra su derecho de dominio.

[1] Para NOVOA, prevalece el más importante, *op. cit.*, p. 396. Con mayores matices, comparte esta idea GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 148.

b) Que el derecho se ejercite legítimamente. Esto significa que el derecho debe ejercitarse en las circunstancias y de la manera que la ley señala: por ejemplo, la facultad de los padres para castigar y corregir a los hijos debe ejercitarse cuando sea necesaria y siempre con moderación. Esto no se vincula –al menos no forzosamente– con la teoría civilista sobre el "abuso del derecho". Penalmente, el límite del ejercicio del derecho está dado por la propia ley y el derecho ajeno, no por la molestia ajena ni por la intención caprichosa o malévola del titular del derecho.[1]

El problema más importante en relación con esta causal de justificación se presenta en los casos de los ciudadanos que hacen **"justicia por mano propia"**. El tema ha sido tratado por numerosos autores en aquellos países cuyas legislaciones contemplan esta amplia causal de justificación: ANTON y RODRIGUEZ,[2] SOLER,[3] NOVOA.[4] Siguiendo a SOLER, diremos que ante todo hay que separar netamente aquellos actos que sólo tienen por fin el **conservar** un derecho, una situación ya existente, contra una perturbación que no se está obligado a soportar. Todos estos casos quedarán regidos en el grupo de causales que denominamos "preservación de un derecho", de las que se trata a continuación.

El problema queda entonces planteado con respecto a los actos que tienen por objeto reparar una situación de menoscabo de un derecho. Algunas legislaciones, además de no contemplar la amplia causal de justificación de que tratamos, consideran como un delito específico el "ejercicio arbitrario de las propias razones", que atenta contra la administración de justicia. No ocurre así entre nosotros. Debemos entonces distinguir entre los diversos casos. En primer término, diremos que la regla general, cuando se emplea violencia para hacerse justicia, es que tal conducta sea delictiva. Se desprende esto del ejemplo específico del Art. 494 Nº 20, y de la regla más general del Art. 494 Nº 16. No se puede emplear violencia para obligar a otro a hacer algo que no quiera, aunque lo que se le obligue a hacer sea jurídicamente debido por la víctima, salvo que la ley expresamente autorice para usar de la violencia en tal caso.

Cuando no se emplea violencia, hay que distinguir nuevamente dos situaciones. Si se trata sólo de ejercitar un derecho que otro impide ejercer, no habrá delito. Es el caso del que sin violencia extrae del bolsillo

---

[1] Véase NOVOA, *op. cit.*, p. 398.

[2] ANTON ONECA, JOSE, y RODRIGUEZ MUÑOZ, JOSE ARTURO, *Derecho Penal,* Madrid, 1949, I, p. 255.

[3] SOLER, *op. cit.*, pp. 334 y ss.

[4] NOVOA, *op. cit.*, p. 399.

del ratero el reloj que éste le acaba de sustraer. Tales casos, en verdad, ordinariamente no son ni siquiera típicos, de modo que no llega a plantearse el problema de su eventual justificación (el hurto debe recaer sobre cosa **ajena**). En cambio, si se trata de mejorar un derecho, es decir, adquirir un derecho para el cual existe un título, pero que todavía no está en el patrimonio, ordinariamente habrá delito. Es el caso del acreedor que sustrae dinero del bolsillo del deudor para hacerse pago. El acreedor mejora su derecho, ya que transforma su derecho personal o crédito en un derecho real de dominio sobre el dinero. La ley, frente al incumplimiento del deudor, señala las vías de reparación: acciones judiciales. No autoriza, ni explícita ni implícitamente, al acreedor para sustraer directamente el dinero del deudor. Habría que sancionar a dicho acreedor como autor de hurto, aunque tal conclusión choca profundamente con la paradójica circunstancia de que si emplea violencia en vez de clandestinidad, su acción resulta menos grave, pues en vez de ser considerada robo, es una mera falta (Art. 494 Nº 20).

Dentro de esta causal debe también plantearse la situación de las llamadas **lesiones deportivas**. Debe ante todo distinguirse entre las "lesiones causadas en el deporte" y las que propiamente se llaman "lesiones deportivas". Las primeras son las que no resultan de la práctica normal del deporte en conformidad a su objetivo y naturaleza, sino que se producen por accidente o por actitudes dolosas de los participantes. Es el caso del futbolista que intencionalmente quiebra la pierna de otro de un puntapié. Estas lesiones en nada se diferencian de las que se producen en otras actividades. No hay cuestión especial de justificación; su punibilidad debe decidirse atendiendo al factor culpabilidad (si hubo dolo o culpa, o se trató de un caso fortuito).

Las lesiones deportivas propiamente tales son las que pueden producirse como una consecuencia de la práctica normal del deporte en conformidad a su naturaleza. Para decidir su punibilidad debe nuevamente atenderse a si se trata de deportes que suponen el empleo de violencia física sobre los demás o no. Si no suponen el empleo de violencia (como el automovilismo), o se trata simplemente de actividades lícitas (siempre que se trate de deportes no prohibidos), aunque arriesgadas, igual que tripular una nave espacial o ser acróbata. Las lesiones que así se causen no podrán decirse efecto del "ejercicio de un derecho", ya que el objeto del deporte en cuestión no es lesionar a nadie. Habrá sólo un problema de culpabilidad, no de justificación.

Donde verdaderamente entra en aplicación esta causal es en los deportes que por su naturaleza suponen el empleo de violencia física sobre la persona de otro (rugby, lucha, boxeo). En este caso, y siempre que se trate de deportes no prohibidos, las lesiones que se causen a los adver-

sarios pueden ser justificadas por el ejercicio de un derecho, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1) Que los participantes actúen voluntariamente, lo cual es un requisito previo, y no una justificación por el "consentimiento del interesado"; 2) Que se respeten las reglas del juego, establecidas precisamente para evitar que las lesiones producidas sean de gravedad; si se falta a dichas reglas, sea por parte de los protagonistas o de los organizadores, el problema se traslada al campo de la culpabilidad; y 3) Que los resultados no excedan de los que normalmente puedan esperarse. La autorización del orden jurídico para tales deportes está dada sobre la base de que las lesiones resultantes serán leves o a lo más de mediana gravedad; nunca graves o la muerte. En ese entendido, se considera que las lesiones resultantes son un mal menor frente a los bienes que se pueden obtener de la práctica del deporte (cultura física, espíritu deportivo, percepción de impuestos). El orden jurídico ya no autoriza lesiones más graves: si ellas de hecho resultan, el problema se traslada nuevamente al campo de la culpabilidad.

3. El ejercicio legítimo de una autoridad o cargo. Estas expresiones, también empleadas en el Art. 10 Nº 10, son sólo matices de la misma idea: cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. Queda aquí el caso del policía que cumple órdenes y emplea la fuerza contra el que huye u opone resistencia puramente pasiva. Si se hace resistencia activa (agresión), se trata más bien de un caso de defensa legítima por parte del policía, como hace notar SOLER.

4. El ejercicio legítimo de un oficio o profesión. Se trata nuevamente de un caso particular de ejercicio legítimo de un derecho: aquel que emana de la naturaleza de una profesión legalmente reconocida, o del régimen jurídico de ésta, si lo hay. Se aplican, por lo tanto, las reglas generales: el ejercicio de la profesión debe hacerse legítimamente, y la ley debe autorizar en forma expresa al respecto la ejecución de actos típicos, o ser la profesión de tal naturaleza que suponga necesariamente aquélla.

El caso más importante que aquí se sitúa es el de las lesiones resultantes de un **tratamiento médico-quirúrgico**. Ello, siempre que el tratamiento en cuestión haya tenido por objeto, precisamente, causar una lesión (amputación de miembro, herida, etc.). Si el tratamiento tenía otro objeto, y resultaron en cambio la muerte o lesiones, el problema se traslada siempre a la culpabilidad: habrá que determinar si el facultativo obró dolosamente, o con culpa, o si se trató de un caso fortuito.

Cuando la ley, como ocurre en otros Estados, no contempla esta amplia causal de justificación, los autores se esfuerzan por justificar la

impunidad de las lesiones causadas por el cirujano fundamentándola en diversas causales: unos, en el consentimiento del interesado; otros, en la supuesta ausencia de dolo; otros (tal vez los más), en el estado de necesidad. Ninguna de estas respuestas es satisfactoria en el plano de la doctrina; menos lo serían en nuestro derecho positivo, que reglamenta con mucha parquedad el estado de necesidad, y niega la relevancia del consentimiento tratándose de la integridad corporal y la salud.

Entre nosotros, no puede caber duda de que las lesiones provocadas deliberadamente en un tratamiento médico-quirúrgico resultan justificadas por el ejercicio legítimo de una profesión, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: 1) El consentimiento del paciente, que es un prerrequisito, y no la fuente de la justificación, ya que si se tratara del simple consentimiento, éste podría también darse para que operara un lego, y en tal caso, indudablemente, ya no habría justificación.[1] Nuestra ley reserva a los médicos el ejercicio de estas actividades (Art. 313 a) del C. Penal y Art. 112 del C. Sanitario). Si el paciente no puede consentir válidamente (niño, demente), habrá que obtener el de sus padres o guardadores. Si no se puede solicitar el consentimiento (caso del herido en accidente que llega sin conocimiento y para ser operado al momento), debe existir al menos presuntivamente, esto es, cabe darlo por concedido cuando la intervención no puede evitarse ni retrasarse sin grave riesgo para la vida de la persona; 2) Que se obre de acuerdo a las reglas del arte. Si se causa mal por negligencia o imprudencia, o si la intervención no era razonablemente necesaria o conveniente, habrá lugar a responsabilidad penal (Art. 491).

También pueden situarse en esta causal las lesiones deportivas propiamente tales, cuando ellas resulten de la práctica del deporte por profesionales.

5. La omisión justificada. El Art. 10 Nº 2º declara exento de responsabilidad penal "al que incurriere en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable". Ya se ha dicho que la mención de la causa insuperable se refiere a casos de falta de acción (vis absoluta) o de acción no culpable (miedo insuperable). La referencia a la causa "legítima" es, en cambio, una alusión a la antijuridicidad de la conducta. La "causa legítima" que impide obrar puede ser una directa prohibición legal, o la existencia de un deber jurídico preponderante (v. gr., no prestar testimonio, por la obligación de secreto profesional). En cambio, cuando la ley simplemente autoriza la omi-

[1] SOLER, *op. cit.*, I, p. 350.

sión, habría que invocar el "ejercicio de un derecho", ya que el que tiene la facultad de obrar o no obrar, a voluntad, no puede decirse que esté "impedido".

6. OTRAS CAUSALES. La mayor parte de las causales especiales de justificación que se señalan en algunos artículos del Código pertenecen a este grupo: ejercicio de un derecho, profesión, etc., o cumplimiento de un deber (Arts. 145, 146).

EL PRINCIPIO DEL INTERES PREPONDERANTE: LA PRESERVACION DE UN DERECHO

Las causales que bajo este encabezamiento trataremos son fundamentalmente distintas de las anteriores. La protección que el derecho dispensa a los intereses se realiza ordinariamente a través de los órganos del Estado y toda la maquinaria judicial, administrativa, etc. Sin embargo, habrá ocasiones en las cuales el Estado no estará en situación de intervenir para brindar oportunamente esta tutela, y entonces los individuos pueden prestarse a sí mismos o a otros la protección necesaria para preservar sus derechos amenazados. El derecho no se interesa sólo en reparar **a posteriori** los efectos de una acción dañosa, sino también en preservar los bienes, evitando que los daños lleguen a producirse. Pero esta intervención de los particulares está restringida a la función preventiva: la función sancionadora, cuando el mal ya se ha producido, está reservada exclusivamente al Estado. Las causales de justificación relativas a la preservación de un derecho operan solamente mientras dura el estado de peligro para el bien jurídico amenazado.

Las causales que se agrupan aquí son las más antiguas en el derecho; las más tradicionales, las más reglamentadas por la ley y las más estudiadas por la doctrina. Fundamentalmente, son dos: la **legítima defensa** y el **estado de necesidad.**

1. LEGÍTIMA DEFENSA. La legítima defensa es **la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada** (SOLER).[1]

Históricamente, algunos han concebido la legítima defensa sólo como una causal de inculpabilidad, pero que no legitima el acto en sí. Tal es la posición, v. gr., de KANT. Otros, en cambio, sostienen que es una circunstancia que legitima el acto mismo, posición llevada al extremo

[1] SOLER, *op. cit.*, I, p. 359.

por IHERING, quien considera que la legítima defensa no es sólo un derecho, sino un deber.[1]

No se duda hoy día de que la legítima defensa es una causal de justificación, que torna lícito el acto típico. Si se tratara únicamente de excusar al autor por el apremio de las circunstancias, la excusa no tendría por qué estar restringida al caso de agresión ilegítima, pues la perturbación del ánimo se produciría igualmente en caso de que la agresión fuera legítima. Tiene razón SOLER cuando observa que la naturaleza de la legítima defensa se identifica con el fin mismo del derecho, que es la tutela de los intereses, y por eso pueden defenderse, no sólo los intereses propios, sino también los ajenos. El que practica la legítima defensa no hace sino velar por el imperio del orden jurídico en todas las circunstancias.[2]

Ya hemos hecho alusión, a propósito de los "elementos subjetivos del injusto", a la cuestión que se ha planteado en términos generales sobre la posible exigencia de un factor subjetivo o finalidad para que pueda concurrir cualquiera causal de justificación. Allí sustentamos una posición contraria a ese requerimiento. Volvemos ahora sobre el punto, porque es a propósito de la legítima defensa que la doctrina alemana debate más precisamente esta exigencia, lo que se explica, puesto que hasta 1975 el Código Penal Alemán no contemplaba otra causal propiamente justificante que la legítima defensa (incluso el estado de necesidad era sólo exculpante en dicho cuerpo legal). La afirmación de este imperativo equivale a sostener que, para que pueda la legítima defensa surtir su efecto de justificación, se precisa no sólo de la concurrencia objetiva de las circunstancias mencionadas por la ley, sino también que el defensor conozca que es objeto de una agresión ilegítima y que tenga el propósito de defenderse, no de ofender a su vez al agresor o de vengarse de éste. Rechazan la necesidad del ánimo de defensa BELING[3] en Alemania, ANTON y RODRIGUEZ, en España.[4] En cambio, exigen la concurrencia del ánimo de defensa, aunque su ley no lo dice en forma expresa (ni aun después de la reforma de 1975), FRANK, WELZEL y aun MEZGER, que anteriormente sustentaba la posición contraria.[5]

No hay en el texto de nuestra ley una exigencia expresa en la materia, y corrobora la posición de quienes creen innecesario el ánimo de defensa, la circunstancia de que tratándose de la legítima defensa de

[1] IHERING, *La lucha por el derecho*. Véase MAGGIORE, *op. cit.*, I, p. 407.
[2] SOLER, *op. cit.*, I, p. 358.
[3] BELING, *Esquema*, p. 27.
[4] ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, I, p. 240.
[5] WELZEL, *op. cit.*, p. 92; MEZGER, *L. de Estudio*, I, p. 170.

extraños (Art. 10 Nº 6º), la ley requiere que el defensor no sea impulsado por motivos ilegítimos, lo que parece indicar que en los demás casos la ley se desentiende del ánimo del defensor, siempre que **objetivamente** se trate de una defensa dentro de los límites legales.

Ya hemos señalado, al ocuparnos del problema en general, la posición de CURY y sus fundamentos.[1] Este autor cree encontrar un apoyo dogmático en el uso de la expresión "obrar en defensa..., etc.", que emplea el Código Penal al caracterizar la legítima defensa. CURY atribuye a esta preposición el sentido de aludir a una finalidad, e invoca, para corroborarlo, el uso de la expresión "**en** deshonra, descrédito o menosprecio..." que emplea el Art. 416 al definir la injuria, partícula a la que atribuye la virtud de exigir una finalidad de deshonra en el injuriador. En esa misma parte, hemos expuesto nuestras razones por las cuales no creemos que la expresión "en" tenga la función que se le atribuye. Y en cuanto a la similitud con el "en" del Art. 416, pensamos que precisamente ese artículo ofrece una razón para afirmar que en el Art. 10 Nº 4º la expresión "en" **no tiene** el sentido de finalidad. En la Parte Especial, al ocuparnos del delito de injuria, explicamos por qué a nuestro juicio la preposición "en" no alude a la exigencia de un particular ánimo ("dolo específico") de deshonrar, y que, contrariamente a lo que antes se sostenía uniformemente, la ley no requiere un particular **animus injuriandi** distinto del dolo propio de todo delito.

[1] CURY, *op. cit.*, I, pp. 317 y ss. En edición anterior de esta obra nos referíamos a la posición de Cury, tal como era expuesta en su obra *Orientación para el estudio de la teoría del delito*. En su obra posterior y más amplia, *Derecho Penal*, Cury sustenta la misma posición y responde a los reparos que le formuláramos. Respetando la posición del autor, seguimos pensando que ella lleva a considerar la legítima defensa como causal de inculpabilidad en vez de una justificante, pues la ausencia de la "finalidad" en el defensor no justificaría su acto, aunque la agresión efectivamente hubiere existido y concurrieren las restantes circunstancias. Esto es, el sentido de la legítima defensa vendría a ser un premio a la virtud ética del agente, y no la conformidad del resultado a los deseos del derecho. Si hay una agresión ilegítima, pero el agente al reaccionar no tiene la "finalidad" de repelerla, ¿diremos que el orden jurídico quería que se dejara matar? La legítima defensa en sí no es sólo una acción (reacción): es una reacción rodeada además por un conjunto de circunstancias. Esta acción (reacción) es una acción típica; como tal acción típica tiene que ser finalista (v. gr., acción finalista de matar, de golpear). No se puede tener finalidad respecto de las circunstancias, como la agresión, que no forman parte de la acción; respecto de ellas se puede tener conciencia o conocimiento más o menos perfecto, lo cual entra en la conciencia de la antijuridicidad de la acción (culpabilidad) y no en la justificación misma. Si a la necesaria finalidad del acto (matar, golpear) se quiere añadir necesariamente un "plus" subjetivo, caemos, pese a los esfuerzos, en la *motivación*, que es cosa distinta. Cury disiente de este criterio, pero pensamos que la exposición de su pensamiento puede consultarse más apropiadamente en su propio texto: loc. cit., I, 317.

Otra cuestión planteada respecto de la legítima defensa en general es la de determinar qué bienes jurídicos pueden legítimamente defenderse. La ley no distingue, al justificar la defensa, "de la persona o derechos", expresión de alcance muy amplio. Históricamente, la legítima defensa se relacionó siempre con los ataques contra la vida y la integridad corporal de las personas, que a su vez determinaban ofensas contra esos mismos bienes del agresor, por parte del ofendido. En la Comisión Redactora, GANDARILLAS propuso que la legítima defensa se considerara eximente sólo en los ataques contra las personas y no contra las cosas, donde debería ser una mera atenuante (sesión 120), criterio que en definitiva no prevaleció. Por tal razón, todos los bienes jurídicos son defendibles. Las resistencias que este criterio puede despertar, se deben a que por lo general, cuando se habla de legítima defensa, se piensa en la muerte o lesiones graves que se infieren al agresor, y hay una cierta resistencia de la sensibilidad moral para aceptar que en defensa de nuestros bienes, que pueden ser insignificantes, puedan ocasionarse daños tan serios a otras personas. La verdad es que la corrección de los abusos debe buscarse por la vía de la exigencia de proporcionalidad entre el ataque y la defensa, no en la naturaleza del bien jurídico atacado, que siempre es respetable y defendible.

En suma, para la existencia de esta causal de justificación, en la ley chilena, no se exige ánimo de defensa (salvo en el caso de la legítima defensa de extraños), y todos los bienes jurídicos pueden ser legítimamente defendidos.

Nuestra ley se refiere separadamente a tres clases de legítima defensa: **propia**; **del cónyuge y parientes**, y **de terceros extraños.** Aunque no se trata en su esencia de una legítima defensa distinta, por sus especiales características nos referiremos separadamente a la defensa **privilegiada**.

a) Legítima defensa propia.

Se encuentra reglamentada en el Art. 10 Nº 4º, que declara exento de responsabilidad penal:

"Al que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

"Primera. Agresión ilegítima;

"Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

"Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".

Los requisitos de la legítima defensa propia son los siguientes:

1) **Agresión ilegítima.** La agresión es el requisito esencial de la legítima defensa. Sin agresión no puede haber defensa, ni legítima, ni ilegítima. El concepto mismo de "defensa" está subordinado al de "agresión". La agresión es una acción humana que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. "Acción" debe entenderse en sentido amplio: puede tratarse de una acción en sentido estricto o de una omisión (raro, pero posible; MEZGER cita el caso del carcelero que omite libertar al preso expirada la condena). Lo afirman también SOLER[1] y ANTON y RODRIGUEZ. La doctrina se inclina a rechazar la legítima defensa contra los hechos de los animales y la cosas, restringiéndola a las acciones humanas,[2] salvo que el animal obrara como instrumento, azuzado por su amo. Admiten, en cambio la legítima defensa contra animales MEZGER[3] y MAURACH,[4] y parecen inclinarse por la admisión ANTON y RODRIGUEZ.[5] De no admitirse la legítima defensa en tales casos, la reacción contra el acometimiento de animales debe buscarse sólo en el estado de necesidad.

El primer requisito de la agresión es que realmente exista, que sea **real.** Si hay sólo una apariencia de agresión, que en realidad no es tal, pero que engaña al presunto agredido, en tal forma que éste reacciona movido por su error, no puede haber legítima defensa. Existe la llamada **defensa putativa**, que es una causal de inculpabilidad, pues el error elimina el dolo (y a veces la culpa también). Pero ya no hay causal de justificación. La agresión no necesita consistir forzosamente en un acometimiento violento, material, como algunos autores opinan.[6] Así piensa NOVOA, con argumentos convincentes.[7]

La agresión precisa además ser **ilegítima**. Esto significa, simplemente, que el agredido no se encuentre jurídicamente obligado a soportarla. No se exige que la agresión sea típica; puede tratarse de una acción ilícita sólo civilmente. Mucho menos se exige que se trate de una agresión culpable: se puede defender legítimamente una persona contra el ataque del loco, del niño, del que obedece órdenes, del que erróneamente cree no estar agrediendo o tener derecho para ello, etc. Por esta misma razón, no hay legítima defensa contra el que obra en legítima

[1] SOLER, *op. cit.*, I, p. 363.

[2] SOLER, *op. cit.*, I, p. 363; WELZEL, *op. cit.*, p. 91; MAGGIORE, *op. cit.*, I, p. 410.

[3] MEZGER, *L. de estudio,* I, pp. 168-169.

[4] MAURACH, *op. cit.*, I, p. 378.

[5] ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, I, p. 244.

[6] CUELLO CALON, *op. cit.*, I, pp. 345-346; FUENSALIDA, ALEJANDRO, *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno,* Lima, 1883, p. 53.

[7] NOVOA, *op. cit.*, 356; cf. ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, I, p. 245.

defensa o en estado de necesidad, o en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho.

Finalmente, la agresión debe ser **actual** o **inminente.** Este requisito no está formulado expresamente en el texto. Se deduce de la naturaleza misma de la legítima defensa, y del tenor de la segunda circunstancia legal, que se refiere a la necesidad racional del medio empleado para **impedirla** o **repelerla** (la agresión). Se repele lo actual; se impide lo futuro. Sin embargo, no basta una posibilidad para un futuro remoto; es preciso que haya inminencia de la agresión. No puede haber legítima defensa contra las acciones previsibles para un futuro más lejano, pues respecto de ellas puede caber razonablemente el recurso al poder preventivo del Estado. Tampoco hay legítima defensa contra las agresiones ya terminadas: habría venganza, no defensa. Debe recordarse, sin embargo, que hay delitos en los cuales la consumación se prolonga en el tiempo (delitos permanentes) y en los cuales la legítima defensa será lícita mientras dure la prolongación consumativa. Igualmente, hay casos en que si bien la agresión ha sido consumada, subsiste la amenaza inmediata de que se lleve más allá.

Otras legislaciones y autores exigen requisitos adicionales: que la agresión o amenaza sea grave, inesperada, inevitable, etc.[1] Nuestra ley no establece mayores exigencias.

2) **Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.** La ley no ha sido enteramente exacta al referirse al "medio" empleado para defenderse, voz que tiene un claro sentido instrumental y parece indicar que siempre se empleará un objeto para defenderse (ordinariamente, un arma). Hay que entender esta expresión como si dijera "necesidad racional de la manera de defenderse". Puede haber una reacción directa, sin emplear armas, ni otros medios. La "necesidad" es apreciada por la doctrina sobre la base de tres factores: la naturaleza del ataque, la índole del bien atacado y las restantes posibilidades de salvarlo, que no consistan en la defensa directa.

No cabe duda de que la **naturaleza del ataque** es el primero y más importante factor en la determinación de la "necesidad" de la manera de defenderse. Si un hombre armado quiere quitarnos el sombrero, será necesario defenderse usando un arma, aunque el agresor no haya empleado efectivamente la suya sino como intimidación, ya que un medio menos poderoso sería ineficaz frente a la posibilidad de que el agresor empleara realmente su arma.

[1] CARRARA, *Programa,* 296 y ss.

Existe en cambio gran discrepancia acerca del valor del segundo factor, la **índole del bien jurídico atacado**, para decidir acerca de la necesidad del medio empleado. Para la mayoría de los autores alemanes, este factor no debe tomarse en cuenta, y cualquier bien jurídico, aun el más insignificante, puede ser defendido hasta con la muerte del agresor, si no había otro medio de salvar dicho bien. Tal es la opinión, v. gr., de VON LISZT[1] y MEZGER.[2] La comparte entre nosotros ORTIZ MUÑOZ.[3] Sin embargo, esta posición parece haberse ido moderando. Ya no la sustentan autores como WELZEL,[4] y se cita a OETKER como formulador de una distinción entre las verdaderas agresiones y los "actos impertinentes", de menor entidad y que no llegan a justificar cualquier daño causado a su autor. La doctrina no alemana, en cambio, rechaza tan extremo criterio, y opina que la naturaleza del bien atacado debe también tomarse en consideración para determinar si fue o no "necesaria" la reacción del agredido. Tal es, v. gr., el pensamiento de ANTOLISEI,[5] de ANTON y RODRIGUEZ,[6] de SOLER[7] y entre nosotros, de NOVOA.[8] Además de los argumentos de carácter ético y de sensibilidad humana que se dan, y que hacen bastante fuerza, no es superfluo recordar, en nuestro derecho, que, como más arriba se ha dicho, al proponer GANDARILLAS en la Comisión Redactora que la legítima defensa fuera justificante sólo en los ataques contra las personas y no contra las cosas, se le replicó (sesión 120) que en realidad la legítima defensa exigía también que no hubiera otro medio racional de impedir o repeler la agresión, lo que sólo en casos raros y extremos podría darse tratándose de defender cosas. Ello, aunque en forma no muy explícita, parece indicar que en el pensamiento del legislador la naturaleza del bien jurídico atacado debe entrar a determinar también la necesidad del medio empleado para defenderse.[9]

---

[1] VON LISZT, *op. cit.*, II, pp. 346-347.

[2] MEZGER, *L. de Estudio*, p. 171.

[3] ORTIZ MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 45-46.

[4] WELZEL, *op. cit.*, p. 93.

[5] ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 222.

[6] ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, pp. 247-248.

[7] SOLER, *op. cit.*, I, p. 361.

[8] NOVOA, *op. cit.*, pp. 364-365.

[9] Para sostener su punto de vista, NOVOA propone el ejemplo del perro que intenta apoderarse del trozo de carne del paralítico; el mayor valor del perro con relación al trozo de carne impediría al paralítico ampararse en el estado de necesidad para dar muerte al can. ¿Cómo podría, en cambio, invocar la legítima defensa para dar muerte en idéntico caso a un niño, si fuera éste en vez del perro quien intentara apoderarse de la carne? El ejemplo, sin embargo, no resulta tan convincente, si se considera que es lícito dar muerte al vagabundo hambriento que está escalando la muralla para apoderarse de la carne (defensa privilegiada), y no lo es dar muerte, en idéntico caso, al perro que está saltando la tapia con el mismo fin (no hay estado de necesidad por la diferencia de valores).

El tercer factor está constituido por **las restantes posibilidades de salvación** del bien atacado. En principio, puede afirmarse que la legítima defensa, a diferencia del estado de necesidad, no es subsidiaria, o sea, no es preciso, para poder defenderse legítimamente, que la defensa sea el único medio posible de salvación del bien atacado. Si la defensa es el único medio posible de salvación del bien, no hay problema alguno. Si la defensa es una de las vías igualmente posibles por lo menos en forma aproximada, es lícito preferir la defensa a las otras. Por ejemplo, si una persona llega a su domicilio en la noche y encuentra allí instalado a un intruso que se niega a salir, puede lícitamente escoger entre irse a dormir a otra parte, o ir a la comisaría más próxima en demanda de auxilio, o expeler directamente al intruso a la fuerza. Eso sí que si escoge la defensa directa, debe ejercerla de manera que no exceda la necesidad racional: no deberá usar armas si el intruso está desarmado y puede ser expulsado a empujones sin mayor riesgo. Finalmente, no debe olvidarse que el medio empleado debe ser "racionalmente necesario", y por lo tanto si la defensa es posible, pero hay otras posibilidades de salvación del bien mucho más expeditas, fáciles y con razonable seguridad de éxito, no podrá decirse que la defensa, en general, era racionalmente necesaria. Este criterio permite igualmente resolver el debatido problema de la fuga en relación con la legítima defensa.

A continuación de la "necesidad" agrega la ley que ésta debe ser "racional". Esto significa razonable, aproximada, considerando las circunstancias del caso. Hay cierta tendencia de parte de los tribunales para atribuir a este requisito un sentido de exigencia de equivalencia matemática entre la naturaleza del ataque y la de la defensa. Esto no es exacto, sino siempre aproximado. Hay que considerar, como dice SOLER,[1] el punto de vista "de un agredido razonable en el momento de la agresión", esto es, las circunstancias mismas del ataque, la naturaleza de éste, las distintas posibilidades de defensa del agredido, lo sorpresivo y violento de la agresión, la hora y lugar, la presencia actual o eventual de otras personas, etc. Ocurre ordinariamente que la agresión torna imposible un razonamiento calmado, sereno y objetivo acerca de todos esos factores, lo cual deberá ser tomado en cuenta al precisar la "racionalidad".

3) **Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende**. Esta exigencia se fundamenta en el hecho de que es posible que una

[1] SOLER, *op. cit.*, I, p. 365.

persona provoque a otra para excitarla y luego herirla impunemente, invocando la legítima defensa, y en la consideración de que, aunque así no ocurra, el que provoca a otro obra al menos imprudentemente y se arriesga a las consecuencias. **Provocar** significa ejecutar una acción de tal naturaleza que produzca en otra persona el ánimo de agredir al que la realiza. La ley agrega que la provocación debe ser "suficiente", lo que a veces se estima como sinónimo de "agresión", o sea, que el provocador debe ser verdaderamente el agresor.[1] Se trata, sin embargo, de cosas diferentes. La expresión "provocación" tiene el sentido precedentemente explicado, y el calificativo "suficiente" significa que sea bastante para explicar, dentro del modo habitual de reaccionar de los seres humanos (y también del modo particular de hacerlo que el provocado tenga, si el provocador lo sabe), la agresión que el provocado desarrolló. No es preciso que la provocación llegue a hacer legítima la agresión; basta con que la haga explicable, natural, desde el punto de vista psicológico.

Si ha existido provocación deliberada para causar la agresión y poder invocar la legítima defensa, o si la provocación ha sido de tal entidad que ha llegado a ser una verdadera agresión, el provocador tiene plena responsabilidad penal por los daños que cause al provocado. Fuera de estos casos, si ha existido provocación suficiente, tanto el agresor como el provocador tendrán responsabilidad penal por los daños que causen (por una parte, la agresión sigue siendo ilegítima; por la otra, no se puede invocar la legítima defensa), pero ordinariamente ambos gozarán de una atenuante de responsabilidad (uno, la provocación; el otro, la legítima defensa incompleta).

b) Legítima defensa del cónyuge y parientes

Se refiere a ella el Art. 10 Nº 5º. Se trata de defender la persona y derechos de los parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive; de los padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o del cónyuge. El texto de la ley indica que los dos primeros requisitos son iguales en este caso que en el anterior, y que en cuanto al tercero, es posible que haya existido provocación por parte del pariente agredido, pero en tal caso se exige que no haya tomado parte en ella el defensor. En el fondo, los tres requisitos son iguales: sólo que la agresión ilegítima hay que considerarla del extraño al pariente, y tanto la necesidad racional como la falta de pro-

[1] Véase NOVOA, *op. cit.*, p. 368, rebatiendo a ORTIZ MUÑOZ.

vocación, entre el tercero que interviene para defender y el agresor. El simple conocimiento de que ha existido provocación por parte del pariente no significa "participación" del defensor en ella, expresión que supone una intervención activa.

c) Legítima defensa de terceros extraños

La reglamenta el Art. 10 Nº 6º. Se puede obrar en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurran los mismos requisitos que en la legítima defensa del pariente, y además un requisito subjetivo: que el defensor no sea impulsado por "venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo". Es curioso que la ley haya introducido aquí una exigencia subjetiva que no formuló en la defensa de sí mismo o de los parientes. Posiblemente el propósito ha sido el de limitar la posibilidad de injerencia en asuntos ajenos, que se pueda tomar como pretexto para desahogar rencores, pero en todo caso habría sido más aconsejable que la ley negara la justificante al que externamente manifiesta el motivo ilegítimo que lo anima, que se refleja en los actos realizados para defender, y no que estableciera lo que entre nosotros podría considerarse como el único verdadero ejemplo de un "elemento subjetivo del injusto", o sea, un caso en que la licitud o ilicitud de una conducta depende de la posición anímica del sujeto.

Como la ley autoriza a defender la persona y derechos de un extraño, no hay inconveniente alguno en admitir que se puedan defender los derechos de una persona jurídica, pero en cambio no podrían defenderse aquellos bienes (fe pública, v. gr.), que son comunes y no tienen un titular determinado.[1] Sin embargo, los tribunales chilenos repetidas veces han sostenido que sólo se pueden defender la persona y derechos de las personas naturales.[2]

La defensa de extraños puede llegar hasta defender a un extraño contra sí mismo: puede herirse o encerrarse a un próximo suicida, para que no consume su propósito, o detener a una persona para que no beba un veneno, que equivocadamente cree inocuo. Pero esta intervención no es lícita tratándose de un extraño que va a sacrificar bienes propios "disponibles", ya que en tal caso no hay agresión ilegítima: su propio consentimiento justifica el acto.

d) Legítima defensa privilegiada

La Ley 19.164, de 1992, amplió considerablemente el ámbito de esta especial clase de defensa, aunque su redacción continúa siendo defec-

[1] Cf. NOVA, *op. cit.*, p. 354.

[2] Véase NOVOA, *op. cit.*, 374, texto y nota 39.

tuosa y planteando problemas semejantes e incluso más complejos que los que se suscitaban con la redacción anterior.

La defensa privilegiada aparece construida como una **presunción legal** de legítima defensa cuando ésta se ejerce en determinadas circunstancias. El texto de la ley presume la concurrencia de las circunstancias propias de las tres clases de legítima defensa ya expuestas, según los casos (esto es, según si se defiende una persona a sí misma, o defiende a su cónyuge o parientes o defiende a terceros extraños), en los siguientes casos:

1) Respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1º de art. 440 del Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial.[1] El Nº 1º del Art. 440 caracteriza el "escalamiento" a propósito del robo con fuerza en las cosas, y dice que se entiende haberlo "cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas". Sobre el alcance de la expresión "habitados", que se presta a controversia y de las demás expresiones, nos remitimos a lo que más adelante se dice a propósito del delito del Art. 440. Pero es preciso señalar aquí que el privilegio de esta defensa (la presunción) surge cuando se **rechaza** el escalamiento, esto es, cuando efectivamente se impide o trata de impedir la **entrada** en los lugares y con las circunstancias que el texto señala. Es preciso, por consiguiente, verificar que el escalamiento sea **actual** o inminente. Pese a los términos legales en el sentido de que la agresión (primer y esencial requisito) se presumiría, el propio texto deja en claro que el escalamiento debe ser **efectivo**, no simplemente aparente o temido por el defensor (lo que en todo caso podría dar origen a una defensa putativa exculpante, conforme a las reglas generales). Por otra parte, si el escalamiento **ya ha terminado** (se verificó, porque el intruso está ahora dentro del recinto), la defensa privilegiada **no se aplica** (aunque sí puede funcionar la ordinaria).

2) Respecto del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los Arts. 141 (secuestro), 142 (sustracción de menores), 361 (violación), 365, inciso segundo (violación sodomítica), 390 (parricidio), 391 (homicidio simple y calificado), 433 (robo con violencia o intimidación calificado) y 436 (robo con violencia o intimidación simple).

---

[1] GARRIDO MONTT piensa que la circunstancia de nocturnidad también es exigible respecto de la segunda hipótesis de defensa privilegiada (impedir o tratar de impedir ciertos delitos), *op. cit.*, p. 136. A nuestro juicio, el texto legal restringe esta circunstancia sólo a los casos de la primera hipótesis (rechazo de escalamiento), cuando se trata de un local comercial o industrial.

La referencia legal a que el agente **impida** tales delitos, significa que ellos se estaban cometiendo o estaban a punto de cometerse cuando el defensor intervino. Igual que en el caso anterior, entonces, pese a lo que a primera vista pudiera pensarse, la agresión actual o inminente **no se presume**, y además, la simple apariencia de la misma, que pudo inducir a engaño al defensor, sólo otorga a éste la posibilidad de exculparse por defensa putativa; su engaño no justifica su acción.

Por consiguiente, se impone una primera conclusión, válida para ambas hipótesis: pese a la aserción amplia de que se presume la concurrencia de todos los requisitos de la legítima defensa ordinaria, del propio lenguaje legislativo se desprende que la operatividad del privilegio se condiciona a que **efectivamente** haya existido un escalamiento y a que la comisión de los delitos enumerados fuera **actual** o **inminente.** Como en eso consiste precisamente la **agresión ilegítima**, resulta que ésta en realidad **no se presume**, sino que debe comprobarse su efectividad, y que si el defensor obró engañado por las apariencias y se sintió apremiado por las circunstancias, sin tiempo para reflexionar o verificar la realidad de sus temores, sólo puede ampararlo una causal exculpatoria en forma de defensa putativa.

Por lo que toca a la **segunda** circunstancia ("necesidad racional del medio empleado"), podría pensarse que, una vez comprobada la primera, entraría a presumirse la segunda. Pero como el lenguaje actual de la ley especifica (lo que alguna vez se prestó a dudas) que se trata de una presunción simplemente legal, podría desvirtuarse la presunción con suficiente evidencia en contrario. Sin embargo, en esta parte el texto legal es elocuente, pues a la presunción añade una frase enfática, que sólo adquiere relevancia en relación con este requisito: se presume que éste concurre, "cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor". Si pudiera acreditarse que el daño excedió la racionalidad, ¿qué significado tendría esa frase, y en qué quedaría el "privilegio" de esta clase de defensa? Se trata de una frase que invita al defensor a reaccionar sin temor a exceder la racionalidad, y cualquiera que sea el juicio que esta situación nos merezca, significa en el fondo que en la defensa privilegiada **no se exige el requisito de la necesidad racional del medio empleado**, ni cabe plantearse el problema del exceso en la defensa: ésta nunca será excesiva. Empero, como límite mínimo, debe recordarse que siempre es exigible la efectiva concurrencia de la agresión ilegítima: no se justifica la reacción, ni racional, ni excesiva, frente a una agresión sólo aparente o ilusoria.[1]

[1] CURY, *op. cit.*, I, pp. 327-328, concuerda con esta conclusión. Aunque discurre sobre el antiguo texto legal, su razonamiento sigue siendo válido: lo que el legislador

Por fin, respecto de los otros requisitos: la falta de provocación suficiente, o la ausencia de participación del defensor en la misma, y el no haber sido el defensor impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo, pensamos que respecto de ellos puede funcionar la presunción establecida en esta disposición, la cual, siendo simplemente legal por texto expreso, puede ser desvirtuada por antecedentes probatorios suficientes.[1]

También aquí debe considerarse la situación de las **defensas mecánicas predispuestas**, artificios que el propietario emplea para proteger su dominio. SOLER distingue entre los **ofendículos**, como alambres de púas, vidrios quebrados sobre los muros, etc., que son notorios para todo eventual agresor, cuya instalación cabría dentro del ejercicio legítimo de un derecho, y los aparatos mecánicos más complicados (armas que disparan automáticamente, dispositivos electrificados), los que quedarían sometidos a la reglas de la legítima defensa.[2] En nuestra opinión, unos y otros deben regirse por estas últimas: los daños causados por las defensas mecánicas deben ser resueltos preguntándose si la reacción habría sido considerada justificada en caso de que el titular del bien hubiera estado presente y hubiera obrado por sí mismo. Parece obvio que la máquina no puede tener más derechos que el propietario.

2. Estado de necesidad. El estado de necesidad es **una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico** (SOLER).[3] Al igual que la legítima defensa, se trata de una institución conocida desde antiguo, pero ha

ha querido es *legitimar una defensa excesiva*. Pese a que ya no cabe hablar de una presunción de derecho, pues el texto legal dice claramente que se trata de una presunción legal, hay que concluir que la ley ha construido una clase especial de legítima defensa, en la que no se exige el requisito de la "necesidad racional". GARRIDO MONTT, que ya escribe sobre la base del nuevo texto legal, también admite que debe probarse el escalamiento, y al menos la tentativa de los delitos que se trata de impedir, y que la necesidad racional del medio empleado no es exigible en esta clase de defensa, tal como sostenemos en el texto (*op. cit.*, p. 135).

[1] GARRIDO MONTT (*op. cit.*, p. 138) piensa que el hecho de tratarse de una presunción simplemente legal "permite a los afectados rendir las probanzas requeridas para desvirtuarlas, si fuere del caso". Sin duda, tal facultad existe, pero al menos en la etapa del sumario, los antecedentes que puedan desvirtuar la presunción deben ser investigados de oficio por el juez, conforme a los Arts. 108 y 109 del Código de Procedimiento Penal.

[2] SOLER, *op. cit.*, I, pp. 339 y ss.

[3] Idem, p. 374.

sido en los últimos tiempos cuando ha tenido un mayor desarrollo. También se ha discutido si se trata propiamente de una causal de justificación o de una causal que sólo excluye la culpabilidad. Modernamente, Liszt-Schmidt, WELZEL y MEZGER,[1] la tratan como una situación de "no exigibilidad de otra conducta", dentro del capítulo de la culpabilidad. En cambio, BELING[2] y SOLER,[3] con la mayor parte de la doctrina, siguen considerándolo como una causal de justificación, atendiendo especialmente al requisito que aquí se formula acerca de la valuación o comparación de los bienes jurídicos que entran en juego.

En la doctrina alemana, la regulación del estado de necesidad en el Código Penal, particularmente en el § 54 (del texto legal antiguo) llevó paulatinamente a los autores a considerar que el estado de necesidad de dicho Código era una causal de inculpabilidad y no de justificación. Fue decisiva la influencia del pensamiento normativista, para el cual dicho estado de necesidad encontró cómoda ubicación sistemática en la "no exigibilidad". Como estado de necesidad "justificante", la doctrina mantuvo el del § 228 del Código Civil (el llamado "estado de necesidad defensivo"), y para algunos, el estado de necesidad "supralegal".[4]

Tanto la legítima defensa como el estado de necesidad tienen una misma raíz: la situación de necesidad o de peligro para un bien jurídico propio. La diferencia estriba en que este peligro, en la legítima defensa, proviene del acto ilegítimo de un tercero, en tanto que en el estado de necesidad procede de circunstancias que no constituyen agresión. En la legítima defensa, el titular del bien sacrificado es el agresor, que por su culpa (al menos ordinariamente) se ha expuesto a perderlo. En el estado de necesidad, el titular del bien jurídico sacrificado no tiene culpa alguna en la situación de peligro creada, y si se le impone tal sacrificio, es exclusivamente en atención a la preponderancia, a la mayor magnitud del bien que se salva.

El problema más importante en materia de estado de necesidad es, en consecuencia, el de la **valuación de los bienes jurídicos** que se

[1] MEZGER, *L. de Estudio,* I, p. 269; WELZEL, *op. cit.,* p. 183.

[2] BELING, *Esquema,* p. 25.

[3] SOLER, *op. cit.,* I, pp. 374 y ss.

[4] Conf., WELZEL, *op. cit.,* pp. 131, 256; MAURACH, *op. cit.,* I, p. 390. Véase también SOLER, *op. cit.,* I, p. 375, notas 3 y 4. Entre nosotros, CURY, COUSIÑO y GARRIDO MONTT enuncian la distinción, a la manera alemana, entre estado de necesidad *justificante* y el *exculpante,* aunque sólo se ocupan del primero como causal de justificación. Véase CURY, *op. cit.,* I, p. 328; COUSIÑO, *op. cit.,* II, pp. 345 y 361; GARRIDO MONTT, *op. cit.,* p. 139.

encuentran en conflicto. Aunque entre nosotros el texto legal resuelve algunos de los problemas más complejos que aquí se plantea la doctrina, el Código Penal también exige una valuación comparativa de los bienes que entran en juego, de modo que es preciso referirse al punto. Sobre todo es difícil esta cuestión tratándose de **dos bienes iguales**, particularmente en el caso de dos vidas humanas. Clásico es el ejemplo, atribuido a CARNEADES, de la tabla que sólo puede sostener a flote a una persona, y que uno de los náufragos arrebata a otro para salvar su vida, sacrificando así la ajena. BELING[1] y VON LISZT[2] opinan que este caso extremo queda "fuera del derecho", que no se pronuncia sobre él, tal como si fuera un fenómeno de la naturaleza. SOLER[3] sostiene, en cambio, que puede aquí aplicarse la causal de justificación, puesto que la valuación de los bienes debe hacerse, como en la legítima defensa, desde el punto de vista de un "necesitado razonable", y para éste la vida propia será siempre más importante que la ajena. No sería "razonable", en cambio, que considerara la propiedad o la comodidad propias como superiores a la vida o la salud ajenas. En la doctrina nacional, CURY piensa que la valuación debe ser estrictamente objetiva, pero admite la consideración de circunstancias de este carácter que pudieran concurrir en el hecho para determinar una valuación distinta de la simple comparación de los dos bienes en juego. COUSIÑO piensa que la apreciación del valor comparativo de los bienes "debe llevarse a cabo objetivamente". GARRIDO MONTT piensa que la valoración debe ser objetiva, pero que no puede ser una comparación matemática, sino "socialmente adecuada".[4] En nuestra opinión, y dando por sentado que se trata de bienes objetivamente iguales, sus titulares tienen **derecho** a conservarlos, y pueden, por lo tanto, oponer legítima defensa contra el necesitado que intente arrebatárselos o destruirlos. Si el necesitado prevalece y logra hacerse del bien ajeno o dañarlo, su impunidad deberá buscarse en las causales de inculpabilidad, si concurren. El texto de nuestra ley es claro en exigir mayor valor en el bien salvado; no se conforma con una igualdad. Y sólo permite justificar los daños en la propiedad ajena, lo que traslada entre nosotros los problemas de conflicto entre dos vidas humanas o entre una vida humana y varias otras al terreno de la culpabilidad.

El Art. 10 Nº 7 se refiere al estado de necesidad en los siguientes términos:

---

[1] BELING, *Esquema,* p. 26.

[2] Véase SOLER, *op. cit.,* I, p. 382, n. 30.

[3] Idem, p. 383.

[4] CURY, *op. cit.,* I, p. 331; COUSIÑO, *op. cit.,* II, p. 399; GARRIDO MONTT, *op. cit.,* p. 144.

"Están exentos de responsabilidad criminal:

"7º. El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

"1ª Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

"2ª Que sea mayor que el causado para evitarlo.

"3ª Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo".

De este enunciado general pueden colegirse dos reglas. En primer término, al igual que en la legítima defensa, todos los bienes jurídicos pueden ser legítimamente preservados al amparo del estado de necesidad. El texto habla simplemente de "evitar un mal", sin distinciones. Debe tratarse, eso sí, de un mal que jurídicamente sea tal, de un peligro para un bien jurídicamente reconocido y protegido.

Tampoco distingue la ley si ese mal lo va a sufrir el propio necesitado u otra persona, de modo que el estado de necesidad ampara también los daños en los bienes ajenos que se causan para salvar bienes igualmente ajenos. Sin embargo, parece socialmente necesario trazar los límites de la licitud de la intervención de un tercero en asuntos en que no está en juego un interés del que sea titular. Conjugando esta institución con la teoría normativa sobre la omisión, ¿habrá casos en que el tercero esté **obligado** a intervenir? ¿Y con qué criterio ha de apreciar el valor comparativo de los bienes? En este último aspecto, y particularmente en nuestra ley, que sólo permite el sacrificio de la propiedad ajena, parece exigible el criterio objetivo que ya hemos expuesto a propósito de la valoración de los bienes. En cuanto a la eventual obligación de intervenir, pensamos que ella no se produce sino cuando hay un mandato jurídico de obrar para evitar el resultado, según se expuso en la teoría de la acción a propósito de la llamada "posición de garante". En los demás casos, la ley no ofrece, ni en su texto, ni en su interpretación, un sustento suficiente para acotar la licitud de la intervención de un tercero. Pero en todo caso debe tenerse presente que en tales situaciones será más difícil desplazar la exención de responsabilidad al campo de la exculpación por perturbación de ánimo (miedo insuperable) u otros casos de falta de exigibilidad, ya que, al no estar en juego un bien propio, será poco probable que tales estados subjetivos concurran en el agente. Podría, eso sí, presentarse una situación de putatividad, si el tercero creyó que el bien amenazado era **propio**.

En segundo término, los bienes ajenos que pueden sacrificarse se reducen a uno solo: la **propiedad** ajena, aunque entendida en sentido amplio, como todo bien de significación patrimonial. En consecuencia, no se puede sacrificar ni la salud, ni la libertad, ni ningún otro bien

ajeno, para salvar la vida propia. Se resuelve así derechamente el problema del conflicto de dos vidas humanas: no se puede lícitamente sacrificar la ajena. Claro está que en tales casos ordinariamente concurrirá una causal de inculpabilidad, por "miedo insuperable", u otra de las que se fundamentan en el principio de la no exigibilidad de otra conducta. Pero si tales circunstancias no concurren, el hecho será punible. No hay actos "indiferentes" para el derecho penal: o son punibles o no lo son. Tampoco puede aceptarse, en nuestro concepto, el recurso a una justificación "supralegal" o "extrajurídica".

La expresión "daño" es amplia, y debe ser entendida no sólo como destrucción de los bienes ajenos, sino en general como cualquier deterioro o menoscabo, o incluso una sustracción, v. gr., en que el objeto sustraído no sufre ningún daño.

Los requisitos particulares del estado de necesidad son los siguientes:

a) Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar

Al igual que la agresión en la legítima defensa, se dice que este mal que amenaza debe ser **ilegítimo**. NOVOA,[1] con buenos argumentos, rechaza esta denominación. El criterio fundamental[2] dado a veces en forma expresa por la ley, mas no en la nuestra, es el de determinar si la persona está o no obligada a soportar el mal que teme. Si lo está, no puede invocar el estado de necesidad, y sí puede hacerlo en caso contrario. Este deber de soportar el mal puede provenir de una expresa disposición de la ley, como la obligación del condenado de sufrir la pena que se le imponga, o de los deberes inherentes a una determinada situación o profesión (caso de los bomberos, soldados, policías). Claro está que aun en este último caso podría a veces invocarse el estado de necesidad, pero dentro de límites más restringidos.[3]

Debe tratarse también de un mal **real**; si es sólo aparente, habrá un **estado de necesidad putativo**, causal de inculpabilidad por error, y no de justificación. Debe ser también un mal **actual** (realidad) o **inminente** (peligro inmediato), sobre lo cual vale lo dicho al tratar de la agresión en la legítima defensa.

Además, **no debe tratarse de un peligro provocado por el sujeto necesitado**. Algunas legislaciones lo establecen en forma expresa, como la italiana, la española, la alemana, y la doctrina lo admite uniformemente. Sería el requisito equivalente a la "falta de provocación" en la legítima defensa. Se fundamenta esta exigencia en la consideración

[1] NOVOA, *op. cit.*, p. 389, n. 12.
[2] SOLER, *op. cit.*, I, p. 379; MEZGER, *L. de estudio*, I, p. 269.
[3] ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 268.

de que el que provocó a sabiendas el peligro no tiene derecho a considerarse en estado de **necesidad**: no se ha visto **forzado** a sacrificar el bien ajeno, sino que él mismo ha buscado esa situación. En general, la doctrina se inclina a admitir que cuando se ha creado la situación de peligro dolosamente, no se puede invocar la justificante, pero que sí podría hacerse cuando se ha producido sólo por culpa o negligencia. En verdad, parece más acertado el criterio de ANTOLISEI:[1] hay que determinar si el sujeto quiso (por lo menos, condicionalmente) el **peligro**, no la situación de hecho que llevó a él, aunque ésta sea delictiva.[2] Este requisito tiene particular importancia en el caso del **auxilio necesario**, es decir, cuando se interviene para salvar un bien ajeno, sacrificando otro bien ajeno. Así, puede invocar legítimamente el estado de necesidad el que destroza una ventana o una pared para salvar al propio incendiario que ha quedado atrapado en el interior de la casa y corre riesgo de ser devorado por las llamas.[3] La "representación del peligro" debe ser apreciada en relación con el que actúa para evitar el mal.

La doctrina suele agregar el requisito de la **gravedad** del mal, punto al cual no se refiere nuestra ley. Puede invocarse la justificante para evitar males leves, siempre que los daños que se causen sean todavía más leves que los evitados.

b) Que sea mayor que el causado para evitarlo

Así nuestra ley resuelve en forma expresa el conflicto entre los bienes iguales, aunque el hecho de que sólo puedan causarse daños en la propiedad ajena ya excluía el problema de la *tabula unius capax* y otros semejantes de conflicto de vidas. En la Comisión Redactora (sesión 121), FABRES formuló dos indicaciones que fueron rechazadas: una, para autorizar también los daños a las personas en caso de estado de necesidad, y la otra, para conceder la exención no sólo en el caso de un mal mayor, sino también cuando el mal temido fuera igual al que se causa. Al primer punto, se replicó que era peligroso autorizar la ejecución de daños graves a las personas en estas circunstancias, y que en cuanto a los leves, no valdría la pena consignar una disposición de tan rara aplicación práctica. A la segunda proposición, se dijo que no sería justo autorizar el mal ajeno cuando no se reporta ventaja alguna causándolo. Curiosamente, ese mismo argumento sirve a ANTOLISEI[4] para llegar a la conclusión contraria: como objetivamente el orden social no pierde ni

[1] ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 226.
[2] SOLER, *op. cit.*, I, p. 379.
[3] ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 268.
[4] ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 224.

gana nada con el conflicto de bienes iguales, debe permanecer neutral ante el mismo, y el que sacrifica un bien igual al salvado obra lícitamente, amparado por el estado de necesidad. Sin embargo, nuestra ley establece con claridad lo contrario: la justificante sólo opera si el mal que se causa es menor que el que se teme. La reflexión de la Comisión Redactora en el sentido de que "no se obtiene ventaja alguna" sacrificando un bien igual al salvado, parece indicar la adopción de un punto de vista estrictamente social-objetivo en la apreciación de los bienes, ya que es obvio que desde el punto de vista del titular del bien salvado sí que se obtiene una ventaja con el sacrificio de un bien ajeno igual (y aun mayor). Tal es el punto de vista que también sustenta NOVOA,[1] aunque no es compartido por LABATUT,[2] quien sigue a SOLER,[3] CUELLO CALON[4] y otros autores, que estiman que la valuación de los bienes en juego debe hacerse en consideración a lo que de buena fe entendiera el necesitado cuando sacrificó el bien ajeno.

En nuestra opinión, ha hecho bien la ley en restringir la causal de justificación al caso en que se sacrifica un bien menor que el salvado. Piénsese en el caso del náufrago que va a arrebatar a otro la tabla de salvación. ¿Consideraremos que este segundo náufrago tiene la obligación de dejar que se la arrebaten? ¿O podrá oponerse **legítimamente** al acto del primero? ¿Osaríamos negarle al acometido su derecho a legítima defensa (y no sólo su inculpabilidad)? Si se lo concedemos, parece claro que el acto del primer náufrago debe considerarse una agresión ilegítima, que el segundo no está obligado a soportar, y contra la cual puede defenderse. Luego, el primer náufrago sólo podría invocar una causal de inculpabilidad, si llega a arrebatarle efectivamente la tabla al otro, que perece ahogado: ordinariamente, miedo insuperable.

En cuanto al criterio con que debe apreciarse el valor de los bienes jurídicos, no estimamos correcto el absolutamente objetivo, ni tampoco el subjetivo. En principio, la valoración debe ser objetiva, pero similarmente a lo que ocurre en la legítima defensa, habrá que estimar este requisito desde el punto de vista **de un necesitado razonable en el momento del peligro**. O sea, hay un elemento subjetivo en la valoración, pero no es la subjetividad concreta del que obró, sino la subjetividad abstracta de un sujeto ideal, el "necesitado razonable", puesto en las circunstancias del caso. De este modo, a nuestro juicio, no podría

[1] NOVOA, *op. cit.*, p. 390.
[2] LABATUT, *op. cit.*, I, p. 278.
[3] SOLER, *op. cit.*, I, p. 376.
[4] CUELLO CALON, *op. cit.*, I, p. 377.

invocar el estado de necesidad el propietario que, para salvar una parte reducida de su valiosa propiedad desvía las aguas de la inundación sobre la pequeña propiedad del vecino, que se arruina por completo, aunque objetivamente el valor de lo salvado sea superior al valor de lo destruido. No resulta "razonable" actuar en esta forma (suponiendo, naturalmente, un conocimiento cabal de las circunstancias). Que el criterio de nuestra ley en materia del valor de los bienes materiales no es puramente objetivo, sino subjetivo también, lo demuestra el hecho de que se consideren daños "calificados", de los que merecen mayor pena, los que tienen como consecuencia "arruinar al perjudicado" (Art. 485 Nº 8º), sin atender al valor intrínseco de la cosa destruida más allá del límite mínimo exigido para aplicar el artículo en cuestión.

c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo

Este requisito es el que confiere al estado de necesidad su carácter subsidiario, a diferencia de la legítima defensa. La ley exige que los "otros medios" posibles sean a la vez "practicables" y "menos perjudiciables" que el escogido, para que se niegue la justificante. Ambos requisitos se relacionan también con la situación concreta, y a nuestro parecer deben apreciarse con el mismo criterio que el requisito anterior: desde el punto de vista de un necesitado razonable en el momento del peligro. Tanto NOVOA[1] como LABATUT[2] mantienen aquí sus respectivos criterios de absoluta objetividad y de subjetividad, respectivamente.

Importante es el problema planteado por el **hurto famélico**: el que hurta impulsado por el hambre. Si se reúnen los requisitos del estado de necesidad, ningún obstáculo habrá para considerarlo amparado en esa eximente. Pero puede ocurrir que no alcancen a reunirse estos requisitos, ni aun subjetivamente, sea porque la muerte por inanición no sea un peligro "inminente", sino que pueda tardar algún tiempo todavía, o porque, con un criterio estrictamente objetivo, se estime "practicable" que acuda a algunas de las instituciones gratuitas de socorro del pobre. En tal caso, no pudiéndose aplicar el estado de necesidad, no habría eximente para salvar de la cárcel al que hurta un pan, porque lleva dos días sin comer y carece absolutamente de dinero u otros bienes. La única salida es dar a la eximente de "fuerza irresistible" un alcance más amplio que el de comprender a la mera **vis absoluta**. Así se ha hecho en algunos fallos nacionales.[3]

[1] NOVOA, *op. cit.*, p. 392.
[2] LABATUT, *op. cit.*, p. 278.
[3] Véase LABATUT, op cit., p. 280.

Un último punto de interés es el relacionado con la posible **responsabilidad civil** del que destruye la propiedad ajena y salva la propia, para indemnizar al dueño de la propiedad destruida. La aparente justificación moral de tal obligación radicaría en que en verdad, a diferencia de lo que ocurre con el agresor, la víctima no ha tenido aquí culpa alguna en la creación del peligro que se conjuró. Algunas legislaciones establecen en forma expresa para este caso la obligación de reparar, como la española. NOVOA[1] estima que por equidad podría aplicarse entre nosotros el mismo principio, en el silencio de la ley. En nuestra opinión, no puede existir responsabilidad civil proveniente de delito penal (que no hay), ni civil (ya que el acto ha sido en sí lícito, justificado, arreglado a derecho). Por lo demás, el derecho de propiedad (que es el único que puede ser lesionado) tiene su límite en la ley y el derecho ajeno (C. Civil, Art. 582). Aquí tanto la ley (Art. 10 Nº 7º) como el derecho ajeno (el bien salvado más importante) ponen un límite al derecho de propiedad y le obligan a sacrificarse en ciertas circunstancias. El único caso en que, por equidad, podría derivar responsabilidad civil, sería aquel en que a consecuencia del acto necesario se hubiera producido no sólo la **preservación** del derecho amenazado, sino un **acrecentamiento** del mismo o de otros, pues en tal caso podrían aplicarse los principios del enriquecimiento **sin causa** (no del enriquecimiento **injusto**, por las razones ya dadas). Naturalmente, en caso de que el daño haya consistido, según el amplio concepto dado, sólo en una substracción o uso indebido de un bien ajeno, existe la obligación civil de restitución del mismo una vez pasado el peligro que determina el estado de necesidad. Coincide con nuestra posición CURY.[2]

Es de hacer notar que quienes sostienen la existencia de la obligación de indemnizar, generalmente la restringen al caso en que el necesitado ha cambiado de fortuna y se encuentra posteriormente en situación de poder restituir o indemnizar al titular del bien destruido, o a los casos en que el necesitado ha sido quien ha provocado la situación de riesgo en que se encontró, sea por dolo o por culpa. Pero a nuestro juicio la obligación de indemnizar debe apreciarse al momento de ejecución del hecho, y no puede depender de un cambio posterior de fortuna. Del mismo modo, no puede trasladarse la eventual justificación a un problema de culpas.

[1] NOVOA, *op. cit.*, pp. 386-387.
[2] CURY, *op. cit.*, pág. 332.

Capítulo IV

LA VALORACION SUBJETIVA DE LA ACCION: LA CULPABILIDAD

NOCIONES GENERALES

En el capítulo anterior nos ocupamos de valorar la acción objetivamente, según su conformidad o disconformidad con la norma jurídica. No basta eso, sin embargo, dentro del derecho vigente, para hacer surgir la responsabilidad penal, o sea, la obligación que el sujeto tiene de someterse a las consecuencias jurídico-penales que la ley prevé para su acto. La objetividad del daño, la adecuación externa de la acción al molde legal, la contrariedad a la norma jurídica, no bastan todavía para completar los presupuestos de la responsabilidad penal. El derecho no impone tal responsabilidad sino después de haberse valorado la acción atendiendo fundamentalmente a su contenido interno, o sea, a la voluntad que la anima, entendiendo el término en su acepción más amplia, de conocimiento, de volición y de libertad. El propio orden jurídico se encarga de determinar los criterios de acuerdo con los cuales debe efectuarse esta valoración. Esa cualidad de la voluntad que la hace reprobable a los ojos del derecho y que es requisito de la responsabilidad penal, es lo que se llama la **culpabilidad**.

El estudio de la culpabilidad es uno de los más completos y difíciles en la teoría del delito, y a la vez uno de los más importantes. No es exagerado decir que el progreso de la doctrina penal se mide, técnica y políticamente, por el desarrollo paulatino del estudio de los problemas que plantea esta exigencia de reproche subjetivo como requisito de la responsabilidad y por la tendencia creciente a ligar las consecuencias penales del acto, en la forma más perfecta posible, con el contenido correspondiente de subjetividad.

El estudio de la culpabilidad se orienta en los tiempos modernos hacia la solución de dos cuestiones fundamentales: 1) Hasta qué punto puede decirse que un hecho pertenece subjetivamente a una persona, y 2) Hasta qué punto el derecho puede reprochar a esa persona la realización de ese hecho. Precisamente ese doble objetivo marca la diferencia funda-

mental entre las dos grandes concepciones teóricas de la culpabilidad: la **psicológica** y la **normativa**. La primera de estas concepciones pone el acento sobre la atribución psicológica de una acción a un hombre; la segunda, sobre la reprochabilidad del hombre por esta acción.

CONCEPCION PSICOLOGICA Y CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

La tesis del **psicologismo** es que existe culpabilidad cuando el autor de un hecho antijurídico lo realizó con **dolo** (dolosamente) o con **culpa** (culposamente). El adjetivo **culpable** designa en general la circunstancia de que una acción se haya realizado con dolo o con culpa; para caracterizar las acciones que se han realizado sólo con culpa, se usa el adjetivo **culposa**. La culpabilidad radica en una relación psicológica entre el individuo y su acto, constituida por el binomio inteligencia-voluntad: si el individuo se ha dado cuenta del acto que realiza y ha querido realizarlo, es culpable, sin que sea necesario considerar otros factores. La culpabilidad viene entonces a ser una sola cosa: la situación psicológica del individuo con relación al hecho ejecutado.

La determinación de la situación psicológica de un individuo con respecto a determinado acto supone previamente la comprobación de que se trata de un individuo que puede, en general, ejecutar acciones penalmente relevantes (que puede entender la norma jurídica y guiar sus actos por ella). Esa capacidad psicológica general para realizar tales actos es lo que se denomina **imputabilidad** penal, que ORTIZ MUÑOZ denomina entre nosotros **capacidad** penal, y que se encuentra ausente por falta de desarrollo o salud mental (enajenados, menores, etc.). Determinado que el sujeto es imputable, resta por examinar si ha realizado el acto con dolo o culpa. El dolo y la culpa no son dos elementos de la culpabilidad, ya que nunca pueden concurrir simultáneamente con respecto a un mismo acto, sino dos formas o posiciones psicológicas diferentes, pero que constituyen ambas culpabilidad. En la terminología de nuestra ley, la presencia de dolo o culpa determina la existencia, respectivamente, de un delito o cuasidelito. Si no hay ni una ni otra cosa, el acto es inculpable, y en principio no genera responsabilidad penal.

Esta concepción es la tradicional en la doctrina alemana y en la italiana. Es la posición de VON LISZT,[1] BINDING,[2] CARRARA,[3] y en general, de

[1] VON LISZT, *op. cit.*, II, pp. 388 y ss.
[2] Véase SOLER, *op. cit.*, II, p. 21, n. 37.
[3] CARRARA, *Programa*, §§ 59 y ss.

los técnico-jurídicos. En Argentina, la sustenta NUÑEZ.[1] Entre nosotros, ORTIZ MUÑOZ.[2]

Frente a la teoría tradicional, se ha desarrollado la del **normativismo.** Para el normativismo, no basta con afirmar la vinculación psicológica entre el sujeto y su acto (dolo o culpa), sino que es preciso indagar los motivos que llevaron al sujeto a realizar el acto, analizando comprensivamente todas las circunstancias del caso. Sostiene esta teoría que no basta saber si una persona **ha querido** un acto (psicologismo), sino **por qué lo ha querido.** La voluntad del derecho es que los hombres lo respeten y obedezcan sus órdenes. Pero el derecho no puede desconocer que hay ciertas circunstancias anormales, extraordinarias, en las cuales no se puede razonablemente exigir el acatamiento de sus normas, porque ello equivaldría a hacer del heroísmo una obligación. En esas circunstancias, por consiguiente, cesa el deber del individuo de determinar su conducta por la norma jurídica, y si no obra en conformidad a ella, tal cosa no se le puede reprochar. En suma, además del vínculo psicológico (dolo o culpa), para pronunciar el juicio de culpabilidad se requiere que la conducta conforme a derecho se le haya podido **exigir** al sujeto que obró. La culpabilidad viene en último término a ser la **reprochabilidad** de una conducta antijurídica, dada sobre tres factores: 1) Imputabilidad (capacidad penal); 2) Vínculo psicológico (dolo o culpa), y 3) Motivación normal (exigibilidad). De ahí que para los psicologistas la culpabilidad desaparezca sólo en los casos de falta de imputabilidad o cuando están ausentes el dolo y la culpa; para los normativistas, también elimina la culpabilidad la motivación anormal, que ellos denominan con el nombre genérico de "no exigibilidad de otra conducta".

Esta teoría ha sido desarrollada en Alemania desde comienzos del siglo XX. Se considera su iniciador a FRANK[3] (aunque algunos sostienen que el punto de partida ya había sido señalado por BELING), y se destacan en su desenvolvimiento GOLDSCHMIDT[4] y FREUDENTHAL.[5] Es la doctrina que domina hoy en forma casi absoluta en el pensamiento

[1] NUÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino,* Ed. Bibliográfica Omeba; Buenos Aires, s. f., II; *La culpabilidad en el Código Penal,* Depalma, Buenos Aires, 1946; *Bosquejo de la culpabilidad,* Introducción a la obra de GOLDSCHMIDT, JAMES, *La concepción normativa de la culpabilidad,* Depalma, Buenos Aires, 1943.

[2] ORTIZ MUÑOZ, *op. cit.,* pp. 52 y ss.

[3] FRANK, REINHARD, *Uber den Aufbau des Schuldbegriffs,* 1907.

[4] GOLDSCHMIDT, *op. cit.,* y *Der Notstand, ein Schuldproblem,* 1913.

[5] FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf,* 1922.

jurídico alemán: siguen esta corriente MEZGER,[1] WELZEL,[2] MAURACH,[3] etc. Algunos italianos la han acogido derechamente, como Delitala[4] y Bettiol.[5] Otros, sin acogerla íntegramente, aceptan sus puntos de vista, que no estiman inconciliables con el psicologismo, como ANTOLISEI[6] y MAGGIORE.[7] Este último sostiene que la tesis normativista se encuentra en la línea de pensamiento de los grandes clásicos italianos: ROMAGNOSI, CARMIGNANI, CARRARA y PESSINA. Entre nosotros, adhieren a esta posición NOVOA[8] y LABATUT,[9] aunque este último con reserva.

Al mencionar a finalistas como WELZEL y MAURACH adscritos a la concepción normativa de la culpabilidad, debe tenerse presente que estos autores modifican la estructura del concepto de culpabilidad, dado que consideran el dolo como parte del tipo. Dolo y culpa quedarían excluidos de la culpabilidad. De este modo, la culpabilidad sería una valoración efectuada sobre la base de tres elementos, a saber: 1) Imputabilidad; 2) Conciencia de la antijuridicidad (o al menos posibilidad de conocerla), y 3) Motivación normal o exigibilidad.[10]

ESENCIA DE LA CULPABILIDAD

La teoría clásica considera la voluntad separada de la acción, reducida esta a un movimiento corporal con un coeficiente psíquico mínimo. Dentro de esta posición, es posible sostener que la culpabilidad radica esencialmente en la **voluntad** (dolo o culpa), revestida de determinadas formas o requisitos. Sin embargo, en una concepción finalista, para la cual la voluntad integra la acción y es su elemento interno, la **voluntad** misma no puede ser la culpabilidad. La culpabilidad es simplemente una **valoración** de la acción finalista desde el punto de vista de la voluntad que la dirige. De ahí que la teoría de la acción finalista encuentre un natural complemento en la concepción normativa de la cul-

[1] MEZGER, *L. de Estudio,* I, pp. 189 y ss.
[2] WELZEL, *op. cit.,* pp. 147 y ss.
[3] MAURACH, *op. cit.,* II, pp. 11 y ss.
[4] Véase ANTOLISEI, *op. cit.,* pp. 240-241, notas 1 y 3.
[5] Idem, nota 14.
[6] ANTOLISEI, *op. cit.,* p. 241.
[7] MAGGIORE, *op. cit.,* I, pp. 454-457.
[8] NOVOA, *op. cit.,* pp. 429 y ss.
[9] LABATUT, *op. cit.,* I, p. 154.
[10] Entre nosotros, y para mencionar sólo las obras generales, siguen esta sistematización las de CURY, COUSIÑO y GARRIDO MONTT.

pabilidad, que hace radicar la culpa (en sentido amplio) no en la **voluntad** misma, sino en una **cualidad** de ella: su reprochabilidad.

Los representantes más destacados del pensamiento finalista objetan a la estructura normativista de la culpabilidad (imputabilidad; dolo o culpa; exigibilidad) el no ser estrictamente normativista, ya que mantiene en la etapa de "valoración" o "juicio de reproche", un elemento que es "fáctico" como el dolo. El dolo, pura realidad psicológica, pura voluntad finalista, pertenecería a la acción y no a la culpabilidad. De este modo, se objeta que un tratamiento sistemático como el que ofrecemos en esta obra, si bien puede ser normativista, no es verdaderamente finalista. Se trataría de un resabio de "causalismo"; de una supervivencia de la distinción entre "dolo bueno" y "dolo malo". El dolo pertenecería al tipo.

Ya antes de la edición anterior de esta obra se nos habían expresado críticas por esta supuesta inconsecuencia sistemática, al manifestar nuestra adhesión a un concepto finalista de la acción, pero seguir tratando del dolo y la culpa en sede de culpabilidad y no de tipo.[1] No creemos que estas críticas sean justificadas. Algo hemos anticipado acerca de esta cuestión al tratar del **elemento interno de la acción**: a nuestro juicio el dolo, sistemáticamente, es la misma voluntad finalista que integra la acción, pero recibe este nombre **después de ser calificada o valorada como reprochable conforme a ciertos criterios**, que más adelante exponemos. La misma denominación de **dolo** o malicia que emplea nuestra ley no es compatible con una voluntad puramente "natural", desprovista de toda valoración. Explicaremos la razones que nos asisten para mantener nuestro punto de vista sistemático:

a) Sin duda la culpabilidad es reprochabilidad, pero el juicio de reproche se pronuncia en virtud de la comprobación de existencia de ciertos elementos **fácticos.** La misma conciencia de la antijuridicidad, que la concepción WELZELiana deja en la "culpabilidad", es también una realidad psicológica, y como tal, fáctica (en la mente del sujeto). La imputabilidad, sin duda, igualmente es fáctica. No obstante, WELZEL y MAURACH la mantienen dentro de la culpabilidad. En fin, las circunstancias que constituyen la "normalidad" o "anormalidad" de la motivación son también fácticas. Todo eso integra el juicio de reproche, pero no lo constituye. Resultaría absurdo decir que al sujeto se le "reprocha" el ser imputable... No obstante, el juicio de reproche se pronuncia sobre la realidad fáctica (entre otras) de que es imputable. Lo que realmente se

[1] Véase, v. gr., De RIVACOBA, MANUEL, *El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno,* en Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno, Ed. Edeval, Valparaíso, 1975, p. 60, texto y nota 52.

le reprocha es **su decisión finalista**, **porque** es imputable, **porque** tuvo conciencia de obrar contra el derecho, **porque** pudo sin gran esfuerzo obrar de otra manera. ¿Qué obstáculo habría para agregar a ello "y **porque tuvo conciencia de lo que hacía**" (conocimiento de las circunstancias fácticas constitutivas del tipo)?

b) En suma, ningún inconveniente hay en admitir (más aún, creemos que es indispensable hacerlo) que la **voluntad finalista** pertenece a la acción, pero que en cuanto tal carece de valoración; una vez valorada, calificada como reprochable, pasamos a llamarla **dolo**. Los criterios de conformidad con los cuales pronunciamos el juicio de reproche pertenecen a la culpabilidad: imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad, motivación normal, y para nosotros, también el conocimiento de las circunstancias de hecho constitutivas del tipo. Si insistimos en llamar "dolo" a la voluntad finalista sin valoración, como simple realidad psicológica, habrá que terminar por inventar un término nuevo para ese dolo valorado, reprochado. Sería "voluntad reprochable" (si no se quiere decir "voluntad mala"). Y no valga argumentar que no se reprocha la voluntad, sino la acción, ya que es evidente que el reproche se dirige a la parte espiritual de la acción mucho más que al movimiento corporal (piénsese, sin más, en las omisiones).

c) La afirmación de que "el dolo pertenece al tipo" es también equívoca. Como voluntad finalista, el dolo en todo caso pertenece a la **acción** (típica o no); es una realidad psicológica, y como tal presente en la mente del sujeto. El tipo, en cuanto descripción legal, no tiene voluntad, no tiene dolo. Lo que contiene es una **exigencia** de voluntad (que a veces es exigencia de dolo y a veces de culpa). Como tal, el dolo debería ser estudiado en la teoría de la acción, no en la teoría del tipo. Igualmente, el error es una realidad fáctica y psicológica. Sólo que su relevancia jurídica debe apreciarse a la luz del tipo. El llamado "error de tipo" es, pues, "error en la acción típica" o "sobre la acción típica". Sobre esto volveremos más adelante.

d) Gran parte de las desinteligencias en esta materia se deben a problemas terminológicos en el manejo y traducción de términos alemanes. En el idioma alemán, la expresión **Vorsatz**, que se traduce como **dolo**, significa **intención** o **propósito**; es un término del lenguaje corriente, y por cierto no hay dificultad alguna en admitir que cualquiera acción (aunque no sea típica ni antijurídica) se integra con la voluntad finalista designada como **Vorsatz** (intención o propósito). Por eso, MAURACH puede hablar de un "dolo natural".[1] Las dificultades comienzan al

[1] MAURACH, *op. cit.*, II, p. 23.

traducir, particularmente en un sistema jurídico-penal como el hispano-chileno. Ya sabemos que **dolo** es un término jurídico, y que desde el derecho romano está cargado de reprobación. En seguida, el Código Penal chileno sólo emplea este término una vez, en el Art. 2º, introducido para distinguir entre "delitos" y "cuasidelitos" al modo civil, caracterizándose el elemento subjetivo propio de los primeros como **dolo** o **malicia**. Sabemos también que repetidas veces la Comisión cambió las expresiones "de propósito" del Código Español (y que podrían haber expresado un "dolo natural", o **Vorsatz**) por "maliciosamente" (Arts. 342, 395, 396). ¿Es posible sostener que la idea de "mal" o "maldad" está ausente de la voz "malicia", y que ésta es valorativamente neutra, como el **Vorsatz**? En alemán puede realizarse **vorsatzlich** (intencionalmente, de propósito) un hecho inocente como caminar por la calle o leer un libro. ¿Podría decirse en castellano que yo paseo por el parque **dolosamente**? Es inútil querer soslayar el hecho de que la misma voz **dolo** y más todavía su sinónimo **malicia** tienen un fuerte contenido valorativo (más exactamente, **desvalorativo**). La tarea del intérprete consiste en someter esta valoración a criterios jurídicos precisos, desechando una concepción vagamante ética o la sinonimia con la **intention de nuire**, pero no en desnaturalizar el significado de las palabras.[1-2]

e) Nos parece de difícil explicación la circunstancia de que se integre el juicio de reproche sólo sobre la consideración de la imputabilidad, de la conciencia de la antijuridicidad y de la exigibilidad, con lo cual el "dolo" y, en su caso, la "culpa" quedan al margen del juicio de reproche y se consideran sólo en cuanto realidades fácticas de la acción realizada. Pero si tal fuere el caso, ¿por qué se sigue postulando que frente a resultados idénticos (v. gr., la muerte de una persona como consecuencia del obrar de otra), la forma **dolosa debe castigarse más severamente que la culposa**? Tal cosa es expresamente afirmada, por ejemplo, entre nosotros, por CURY (*op. cit.*, I, p. 275) y GARRIDO MONTT (*op. cit.*, p. 161). Esta mayor penalidad no puede justificarse por el ma-

[1] Conf. DE RIVACOBA, en trabajo citado en nota 1 de página 274, p. 381 (*addenda* a p. 65).

[2] Coincidimos plenamente con las consideraciones que al efecto hace RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO (*Derecho Penal*, Parte General. Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1978, tomo I, pp. 256 y ss.). Véanse, por ejemplo, estas observaciones: "El objeto de valoración del dolo está ya, como realidad psicológica, contenido en la acción, pero esto no quiere decir que esa realidad no pueda ser valorada, en la teoría jurídica del delito, por primera vez en el marco de la culpabilidad", "...nuestro Código Penal no concibe al dolo como pura representación y voluntad del hecho típico (dolo natural), ...sino como *voluntad maliciosa... Malicia* que entraña conciencia de la antijuridicidad, es decir, conocimiento de que se obra de modo contrario a Derecho..."

yor **daño** producido en uno y en otro caso, puesto que, al menos en el ejemplo propuesto, el resultado es idéntico. No queda más que admitir que para la ley la acción dolosa es más **reprochable** que la culposa, lo que a nuestro juicio es inconsecuente con afirmar que ni el dolo ni la culpa son considerados para el juicio de reproche (culpabilidad).

f) Podríamos todavía agregar que así como la concepción finalista critica con toda razón al criterio causalista por escindir artificialmente la unidad de la acción humana al dejar reducida la acción a un movimiento corporal con un mínimo de subjetividad, también el tratamiento sistemático que se otorga luego al elemento subjetivo de la acción escinde este elemento descomponiéndolo en el conocimiento de los elementos de hecho que integran el tipo y la conciencia de la antijuridicidad de su acción. Ambas son realidades en la psiquis del sujeto en relación con el acto específico que se propone realizar y no hay justificación suficiente para separarlas, manteniendo a una en el tipo y remitiendo a la otra al juicio de reproche.

Dentro de la culpabilidad, por consiguiente, han de estudiarse todos aquellos factores que deben tomarse en consideración para formular el juicio de reproche. Desde luego, debe en primer término examinarse la **imputabilidad**, que no es propiamente un elemento o factor de la culpabilidad, sino un presupuesto necesario. En estricta lógica, su estudio debería reservarse (como hace, v. gr., FONTAN BALESTRA)[1] a la parte dedicada al delincuente, y no al delito. Pero debido a su estrecha vinculación con la culpabilidad, y no deseando innovar en el orden clásico de sistematización de la materia, nos ocuparemos de ella en esta parte. En seguida, el juicio de reproche nos obliga a indagar el contenido del conocimiento presente en la psiquis del sujeto que obró, o sea, su aspecto **intelectual**, y la posición de su ánimo frente a los hechos conocidos, esto es, su aspecto **volitivo**. Por último, y en la extensión que la propia ley señala, es preciso ocuparse de la motivación y circunstancias del acto, es decir, de su **exigibilidad**. Considerados todos estos factores, pronunciaremos la valoración o juicio de reproche: la acción debe ser considerada culpable, en cuanto a la voluntad finalista que la guió (o lo contrario, en su caso).

Podemos así definir la culpabilidad como **la reprochabilidad de una acción típicamente antijurídica, determinada por el conocimiento, el ánimo y la libertad de su autor**.

Esto permite además apreciar la inexactitud de una objeción frecuentemente levantada contra el normativismo. Se dice que para éste la cul-

[1] FONTAN BALESTRA, *D. Penal*, pp. 162 y ss.

pabilidad no radicaría en la acción misma, sino en la cabeza de los otros (los que emiten el juicio de reproche). Eso significa confundir la culpabilidad con el juicio de culpabilidad, que son dos cosas distintas. La culpabilidad no es la acción, pero pertenece a ella, porque es una **cualidad** de la acción. Para apreciar si esa cualidad existe o no, debe pronunciarse un juicio, que será valorativo, porque habrá que comparar un hecho con ciertas exigencias abstractas formuladas por el derecho, pero ese juicio no va a **crear** la cualidad en cuestión, sino simplemente a averiguar si ella existe o no. Del mismo modo, la antijuridicidad exige un juicio valorativo, pero ese juicio no es la antijuridicidad: sólo persigue comprobar su existencia. Incluso la determinación de si existe o no una acción exige un pronunciamiento, un juicio (nada menos que todo el proceso penal). Pero nadie pensaría, por la necesidad de que exista un fallo judicial, que la acción está en el expediente y no en el mundo real.[1] La crítica podría con más justicia dirigirse al pensamiento egológico, que afirma el poder **creador** de la decisión judicial en cuanto al valor o desvalor de la conducta, posición que desde luego no compartimos.

LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA

Imputabilidad, en términos muy amplios, es la posibilidad de atribuir algo a alguien. Jurídicamente, ha dejado de usarse en el sentido de simple atribución física, para quedar reservada a la atribución psicológica del mismo (lo que CARRARA llamaba la "imputación moral"). En verdad, en la concepción tradicional, la atribución misma sólo surge con la afirmación de que ha habido dolo o culpa, de modo que la imputabilidad es una etapa previa: la **posibilidad** de atribución. **Imputabilidad** sería entonces, en derecho penal, la posibilidad de realizar actos culpables. Las personas que pueden realizarlos se llaman **imputables**; las que no los pueden realizar, **inimputables.** La expresión de ORTIZ MUÑOZ,[2] que llama a esta condición la **capacidad penal**, ha sido combatida, pero da una idea muy exacta de la naturaleza de ella, y el propio MEZGER la emplea, al definir la imputabilidad como "la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles".[3]

[1] Véase al respecto SOLER, "Los valores jurídicos", *en Fe en el Derecho y otros ensayos,* T.E.A., Buenos Aires, 1956, p. 187.

[2] ORTIZ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 56.

[3] MEZGER, *L. de estudio,* p. 201.

El fundamento de la imputabilidad es colocado por los clásicos como CARRARA en la libertad moral, que él da por supuesta necesariamente para la construcción de la ciencia penal. Quienes carecen de inteligencia y libertad no pueden ser culpables y no deben ser sometidos a la sanción penal. Los positivistas, en cambio, fundamentan la responsabilidad en la peligrosidad, y como niegan la libertad moral, encuentran ociosa la distinción entre imputables e inimputables, y consiguientemente, entre penas y medidas de seguridad. VON LISZT, por su parte, estima que la raíz de la imputabilidad radica en la capacidad para conducirse socialmente de acuerdo con las normas jurídicas, lo que es apreciable objetivamente, al margen de la posición filosófica que sostenga en torno al libre albedrío.

Sea como fuere, en nuestra ley no puede dudarse de la radical diferencia que se hace entre imputables e inimputables, ni de que es el concepto clásico de deficiencia de intelecto y voluntad lo que traza la línea divisoria entre unos y otros. Parte el Código Penal de la base de que la naturaleza hace al hombre inteligente y libre, y de que en principio los seres humanos actúan en esa forma. Por lo tanto, los casos en que tales factores están ausentes se tratan como situaciones de excepción. El pensamiento de los redactores del Código, que sigue a su modelo español, se refleja en el comentario de PEDRO JAVIER FERNANDEZ:[1] "Si el estado normal del hombre es ser libre, inteligente y reflexivo, es lógico suponer que sus actos son conscientes. El trastorno o vicio de sus facultades es la excepción: de aquí la necesidad de probar este estado anormal cuando se invoca por el delincuente". De este modo, para nuestra ley la imputabilidad es propia de la naturaleza humana, y podría simplemente caracterizarse como "normalidad psicológica". El estudio de la imputabilidad, por consiguiente, se reduce en la práctica al análisis de los estados de excepción, en los cuales falta la imputabilidad **(causales de inimputabilidad).** Estos casos, en la ley chilena, pueden sintetizarse, como hace NOVOA,[2] en la fórmula tradicional "falta de mente sana y madura".

Para caracterizar las situaciones de inimputabilidad, algunas legislaciones adoptan fórmulas que hacen referencias únicamente a una condición objetiva del sujeto (presumiendo que ella lo torna siempre inimputable); otras mencionan el estado o consecuencia que debe producirse en el sujeto, y otras, en fin, un sistema mixto, incluyendo tanto la condición del sujeto como la consecuencia que de ello debe derivar.

[1] FERNANDEZ, PEDRO JAVIER, *Código Penal de la República de Chile,* Imprenta Barcelona, Santiago, 1899, pp. 63-64.

[2] NOVOA, *op. cit.,* p. 452.

La legislación chilena sigue fundamentalmente el primer sistema. Las causales de inimputabilidad que se señalan en el Código Penal son: la **enajenación mental**, la **privación temporal de razón** y la **falta de madurez por menor edad.**

1. FALTA DE SALUD MENTAL. El Art. 10 Nº 1º declara exento de responsabilidad penal al "loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido". La ley no ha querido otorgar aquí a los vocablos "loco" y "demente" ningún significado técnico preciso. Es uno de los casos en que no se aplica la regla de interpretar las palabras técnicas de una ciencia o arte en el sentido profesional, porque aparece claramente que se han tomado en el sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, que aún hoy día sigue siendo aproximadamente el mismo que tenía a la época de dictación del Código Penal. Para evitar la confusión terminológica derivada del uso de voces análogas en sentidos distintos, actualmente se prefiere hablar del "enajenado mental", término lo bastante amplio como para comprender todas la anormalidades mentales constitutivas de esta eximente. El Art. 81 emplea también el término "insano", en tanto que el Art. 397 vuelve a referirse al "demente". Este último término es también el más empleado por el Código Civil para referirse a los enfermos mentales.

El sentido en que esta expresión se usa en el Art. 10 Nº 1º es el amplio de "privación de razón", fórmula esta última que se emplea inmediatamente a continuación, para referirse al segundo caso de inimputabilidad, en el cual, siendo diversa la causa, es el mismo el efecto. La "razón", de la cual el demente está privado no es únicamente la inteligencia, ya que ella no falta en forma absoluta en las enfermedades mentales. Es más bien el adecuado funcionamiento de todos los aspectos de la psiquis en combinación: la inteligencia, la voluntad, la sensibilidad y la memoria. La voz "razón", en suma, está tomada como sinónimo de "juicio" (según aparece además del tenor del inciso final del Art. 81). En el uso general, "loco" o "demente" significa, precisamente, el que ha perdido "la razón" o "el juicio". La persona "razonable" y la persona "juiciosa" no son necesariamente las personas inteligentes: son más bien las personas equilibradas.

¿Qué es, entonces, el "loco" o "demente" para nuestra ley? Es la persona que presenta una alteración profunda de sus facultades psíquicas, de tal modo de no poder dirigir su conducta de acuerdo con las exigencias ordinarias del derecho. No corresponde aquí un estudio particularizado de los distintos trastornos mentales, materia de la cátedra de Medicina Legal,[1] pero

[1] Sobre esta materia, recomendamos especialmente la excelente obra del profesor Dr. ARMANDO ROA, *Psiquiatría,* Editorial Andrés Bello, Santiago, 1959.

en términos muy generales debe señalarse que en el término "loco o demente" no sólo caben las enfermedades mentales propiamente tales, sino otras anormalidades de distinto origen, siempre que alcancen el necesario grado de profundidad. Se comprenderían en este concepto:

a) Las **enfermedades** mentales propiamente tales o **psicosis**, (esquizofrenia, paranoia, psicosis maníaco-depresiva, demencia senil, parálisis general, epilepsia, locuras tóxicas o infecciosas). Conviene advertir que las locuras tóxicas no se refieren a los estados pasajeros de trastorno mental que algunas substancias producen (embriaguez, v. gr.), sino a una alteración permanente de la salud mental como consecuencia de un uso prolongado de sustancias tóxicas. Son importantes las psicosis alcohólicas (dipsomanía, **delirium trémens**).

b) Las **deficiencias** o **anomalías** mentales, llamadas también **oligofrenias**, o falta de desarrollo de la inteligencia. Con un criterio puramente aproximativo, se ha intentado clasificar a los oligofrénicos de acuerdo con su desarrollo intelectual relativo, midiéndolo conforme a los **tests** ideados para establecer la edad mental de las personas normales. Se habla así de los **idiotas** (alcanzarían a un máximo de dos años de edad mental), los **imbéciles** (que tendrían entre tres y cinco años de edad mental) y los débiles mentales (entre seis y trece años). Estos últimos no alcanzarían a estar comprendidos en la "demencia" legal.[1]

c) Los **trastornos psicosomáticos**, repercusiones psíquicas de fenómenos predominantemente físicos: traumatismos craneanos, tumores o lesiones cerebrales, etc. Constituyen "demencia" siempre que sus efectos sean suficientemente profundos, en el sentido ya explicado.

En cambio, no alcanzarían a constituir "demencia":

a) Las **oligofrenias** en el nivel de la **debilidad** o **torpeza mental**, en las que sin llegarse al pleno desarrollo mental, se sobrepasa el nivel de la imbecilidad;

b) Las **psicopatías**, deficiencias en la estructura de la personalidad del sujeto que lo inclinan a cierto tipo de reacciones anormales, sin afectar, por lo general, su capacidad intelectual ni el dominio último de sus acciones. Están aquí los inseguros, explosivos, fanáticos, depresivos, abúlicos, etc.

c) Las **neurosis**, formas de reacción psíquica anormal determinadas por conflictos internos o intensas presiones emotivas del exterior, que provocan sufrimiento en el individuo, pero no alteran su sentido de la realidad o su capacidad de razonamiento, salvo en períodos muy breves de crisis (histeria).

---

[1] NOVOA, *op. cit.*, p. 463; ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, I, p. 294.

d) Los **trastornos psicosomáticos** que no alcancen la intensidad necesaria para alterar profundamente las funciones psíquicas.

Estas reglas, claro está, no son absolutas ni mucho menos, tanto por la enorme diversidad de grados que se pueden presentar en cada una de estas anormalidades, como por las concepciones en desarrollo progresivo de la psiquiatría, que pueden modificar los conceptos hoy imperantes sobre la trascendencia de las perturbaciones mentales. Así, en casos de crisis neuróticas (histéricas, v. gr.) o en casos extremos de personalidades fanáticas o explosivas, podría llegarse hasta la exención de responsabilidad, en tanto que ella podría ser negada en algunos casos de propia y verdadera psicosis (epilepsia, psicosis maníaco-depresiva).

De la situación que se produce en los casos de "imputabilidad disminuida" (anormalidades psíquicas que no llegan a constituir demencia) nos ocupamos al tratar de las circunstancias atenuantes, y particularmente de la señalada en el Art. 11 Nº 1: las eximentes incompletas.

A través de lo que hemos expuesto, se advierte que la expresión "loco o demente" no es estrictamente médico-biológica, sino jurídica, de modo que su determinación corresponde en último término al juez, no al perito. La tarea es delicada, y deben evitarse las posiciones extremas, de una liberalidad que admite la exención de responsabilidad con el solo diagnóstico (y a veces, diagnóstico de psicopatía o neurosis),[1] o de una rigidez que sólo admita la exención en caso de una conducta "completamente incoherente", lo que puede excluir de la eximente a verdaderos dementes, como los paranoicos.[2]

Nuestra ley penal señala un caso de excepción para la eximente de responsabilidad de los enajenados: cuando han obrado en un "intervalo lúcido". Los **intervalos lúcidos** son períodos de remisión aparente del trastorno mental, en los que externamente el sujeto no da muestras de encontrarse loco, y se comporta de modo razonable. La psiquiatría ha rechazado el concepto de "intervalos lúcidos", estimando que la remisión en tales casos es sólo aparente, y que la enfermedad sigue latente e influyendo en los procesos psíquicos. El punto, sin embargo, parece controvertirse de nuevo.[3]

El problema de los intervalos lúcidos se presenta especialmente, por su naturaleza, en dos enfermedades mentales: la psicosis maníaco-depresiva y la epilepsia. Entre los períodos de exaltación y de depresión,

[1] NOVOA, *op. cit.*, p. 463.

[2] ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 296.

[3] ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 295. Sobre el problema médico-legal de los intervalos lúcidos, véase GISBERT CALABUIG, J. A., *Medicina legal y práctica forense,* tomo correspondiente a *Psiquiatría forense,* Editorial Saber, Valencia, 1958, pp. 316-318.

en la primera, y en el lapso entre una y otra crisis, en la segunda, el enfermo puede aparecer enteramente normal, tanto en su razonamiento como en su conducta. Ordinariamente el perito, según la concepción dominante, negará la existencia de "intervalos lúcidos", y el juez concederá la eximente. Pero esto dependerá de los casos. Parece demasiado forzado considerar exento de responsabilidad penal al epiléptico que, lejos de una crisis, gira un cheque sin fondos, o al ciclotímico que, entre sus períodos de alteración, comete un acto de contrabando.

Debe admitirse, en todo caso, que aun dentro de las concepciones de la época no fue muy afortunada la mención hecha por el Código Penal a los "intervalos lúcidos", ya que en materia civil, declarado interdicto un demente, sus actos son nulos, aunque se pretenda que los ha realizado en un "intervalo lúcido"; en cambio, si el interdicto comete un delito penal, hay que entrar a determinar esta última circunstancia. Además, en cuanto a la capacidad para cometer delitos y cuasidelitos civiles (con la consiguiente obligación de indemnizar), el Art. 2319 del C. Civil declara incapaz al demente, sin hacer mención de los intervalos lúcidos. Puede así darse la paradoja de que un demente resulte tener la responsabilidad mayor (penal) y no afectarle la menor (civil), si ha obrado en un intervalo lúcido. Habría sido preferible suprimir la mención de este último en la ley penal, y reemplazarla por la sola exigencia de que la enajenación mental exista al momento de la ejecución del delito.

Si una persona demente comete un delito, la circunstancia de que no se le imponga pena no significa que no pueda adoptarse a su respecto ninguna medida: se recuerda que desde el Digesto se ordenaba la reclusión del loco delincuente *ad securitatem proximorum*.[1] Tampoco los clásicos desconocieron esta necesidad, aunque en general consideraron que el tratamiento de los locos criminales escapaba propiamente al derecho penal. El tratamiento del loco o demente, a partir de la Ley 18.857, ya no está reglamentado en el Código Penal, sino que se rige totalmente por lo dispuesto en los Arts. 682 y siguientes del C. de Procedimiento Penal. Con esta materia se relacionan también los Arts. 408 Nº 4º y 421 del mismo Código. Las situaciones que la ley reglamenta son:

a) **Persona que comete el delito en estado de enajenación mental** (la ley emplea aquí este término, en vez de **locura o demencia**). Corresponde procesalmente absolverlo o sobreseerlo definitivamente (Art. 408 Nº 4º del C. de Procedimiento Penal). Aquí corresponde subdistinguir tres situaciones:

[1] MAGGIORE, *op. cit.*, I, p. 550, texto y nota 162; ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, I, p. 291.

1) La libertad del enajenado **constituye un peligro**. El Art. 688 del mismo Código precisa el concepto y señala que se entiende que concurre esta circunstancia cuando el enajenado, como consecuencia de su enfermedad, pueda atentar contra sí mismo o contra otras personas, según prognosis médico-legal. En este caso, el tribunal dispondrá en la sentencia (absolutoria o de sobreseimiento) que se le aplique, como medida de seguridad y protección, la de internación en un establecimiento destinado a enfermos mentales, en la forma y condiciones que establezca el juez. Esta medida de internación durará mientras subsistan las condiciones que la hicieron necesaria, y no podrá extenderse más allá de la sanción privativa o restrictiva de libertad prescrita en la sentencia o del tiempo que corresponda a la pena mínima probable, la que debe entenderse igual al mínimo de pena señalado por la ley para el delito o delitos de que se trate (Art. 693 del mismo Código). No obstante, si al terminar dicho período la libertad del enajenado sigue constituyendo un riesgo para sí mismo o para terceros, éste será puesto a disposición de la autoridad sanitaria, que resolverá lo conveniente según sus facultades legales. Esta "autoridad sanitaria" es el Servicio de Salud correspondiente. A partir de ese momento, cesa la intervención de la autoridad judicial o penitenciaria, y el enajenado no puede permanecer en recintos de esta clase. El Art. 689 del mismo cuerpo legal dispone que todo informe psiquiátrico decretado en la causa debe especificar si el procesado es o no un enajenado mental, si es o no recuperable, si su libertad representa o no un peligro, y las modalidades adecuadas de tratamiento que corresponden a su enajenación.

2) La libertad del enajenado **no constituye un peligro**. En tal caso, el tribunal dispondrá su entrega bajo fianza de custodia y tratamiento a su familia, a su guardador, o a alguna institución pública o particular de beneficencia, socorro o caridad, en las condiciones que fije el juez, quien controlará que se lleve a efecto el tratamiento del caso. A este propósito, parece existir una contradicción entre los Arts. 682, inciso 2º, y 692 del Código de Procedimiento Penal, pues mientras el primero hace obligatoria la fianza para proceder a la entrega en custodia, el segundo dispone que la constitución de la fianza es una facultad del juez.

3) La enfermedad **ha desaparecido** o **no requiere tratamiento** especial. El procesado debe ser puesto en libertad sin condiciones.

La ley contempla todavía una situación posible: el enajenado mental que ha delinquido ha sido absuelto o sobreseído por un motivo distinto de la enajenación de que padece. En tal caso se hace una distinción

[2] Véase LABATUT, *op. cit.*, p. 237; NOVOA, *op. cit.*, p. 468.

semejante a la anterior: si su libertad constituye riesgo, se le pone a disposición de la autoridad sanitaria. Si no lo constituye, se le deja en libertad (Art. 683 del C. de Procedimiento Penal).

b) **Persona que cae en enajenación mental con posterioridad a la comisión del delito.** Para tales casos dispone el Art. 81 del C. Penal que deben seguirse las reglas establecidas en el C. de Procedimiento Penal. Dicho cuerpo de leyes las establece en los Arts. 684 y siguientes, de las que nos ocuparemos al tratar de la ejecución de las penas.

2. Privación temporal de razón. En el Art. 10 Nº 1º a continuación del "loco o demente" se declara exento de responsabilidad penal al que "por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón". Aunque no se habla aquí de privación **temporal**, deducimos que esta transitoriedad es necesaria, ya que si se trata de una privación permanente, estamos en el campo de la locura o demencia (en el sentido del Código), o sea, en la eximente anterior.

En el Código Español, modelo del nuestro, no se hacía mención de esta eximente, añadida por la Comisión Redactora a proposición de Altamirano (sesión 5), para comprender otros casos "análogos" a la demencia, como el del sonámbulo, pero sin llegar a incluir al ebrio. Parece claro que en el pensamiento del legislador la "privación de razón" es también lo que caracteriza a la demencia. Con posterioridad, el Código Español se modificó, para incluir al llamado "trastorno mental transitorio", expresión que ha sido muy discutida. En todo caso, la fórmula de nuestro Código resulta más amplia, ya que sin duda incluye los trastornos mentales transitorios, y además otros casos de privación de razón, como el sonambulismo, en que no hay (al menos, no forzosamente) un trastorno mental.

Los requisitos de esta causal son los siguientes:

a) **Privación total de razón.** Este concepto debe ser entendido en el alcance que se le ha dado al tratar de la demencia, que en este aspecto es enteramente análoga a esta causal. Debe advertirse que muchos casos que ordinariamente se consideran dentro de esta causal, son más propiamente casos de ausencia de acción, por faltar la voluntad finalista (o, para los partidarios de la concepción causalista de la acción, el mínimo de subjetividad necesario para que ésta surja), como es el caso de los movimientos realizados durante el sueño. En cambio, salvo en situaciones extremas, la voluntad finalista, en un sentido puramente psicológico, no está ausente en los dementes, ni en los menores, de quienes se tratará a continuación.

b) **Una causa independiente de la voluntad del sujeto.** Esta fórmula se agregó precisamente para excluir de este beneficio al ebrio, ya

que éste, aunque pudiera estar privado de razón, no lo está por causas "independientes de su voluntad", sino precisamente por propia voluntad (al menos, es voluntaria la bebida, que es la causa, aunque no lo sea el efecto, la ebriedad). Las principales causas que determinan la privación temporal de razón (aparte de las crisis inherentes a algunas enajenaciones) son:

1) **El sueño y los estados afines.** Tres situaciones distintas se comprenden aquí: el **sueño** propiamente tal, la llamada **"embriaguez del sueño"**, y el **sonambulismo.** Poco se sabe sobre la naturaleza misma del **sueño**, pero en todo caso no cabe duda de que los movimientos que durante él se realicen no están guiados por la razón. Excepcionalmente, puede tratarse de las llamadas **actiones liberae in causa**, de las que más adelante nos ocupamos, o de los casos en que el hecho mismo de dormir es delito (Art. 302 del C. de Justicia Militar), pero este último caso es más bien un delito de omisión de vigilancia, dolosa o culposa. La **embriaguez del sueño** se produce inmediatamente antes y después del sueño en personas de sueño profundo, temperamento nervioso o bajo tensión emocional. Habrá que determinar en cada caso el grado de privación de razón con que se actúe. El **sonambulismo** es un estado anormal de sueño, durante el cual el sujeto ejecuta actos corrientes de la vida de relación, sin conciencia de ello y sin recordarlos al despertar. Aun sin considerar la referencia de la Comisión Redactora, el sonámbulo, psicológicamente, se asimila al dormido.

2) **El hipnotismo.** Se trata de un estado en el cual el sujeto, si bien conserva su inteligencia, actúa sometido a la voluntad de otra persona, el hipnotizador, hasta el punto de que éste puede a veces ejercer un dominio sobre la actividad física y mental del paciente incluso superior al que el propio paciente ejerce de ordinario. Suele discutirse si el hipnotizado puede o no ser obligado por el hipnotizador a realizar actos que pugnen con sus convicciones o principios morales. Pero, sea cual fuere la respuesta, demostrada la existencia del estado hipnótico debe concluirse que el paciente obró privado de razón, y la responsabilidad criminal, en su caso, recaerá sobre el hipnotizador. Si el paciente se ha hecho hipnotizar ex profeso para cometer delito, se tratará de **actiones liberae in causa**.

3) **La embriaguez y otras intoxicaciones.** En las enfermedades mentales nos referimos a las locuras tóxicas, trastornos permanentes originados por el consumo habitual de determinadas sustancias. Aquí se trata de los trastornos temporales, debidos a la ingestión aislada u ocasional de alguna de ellas. Ciertas drogas (opio, marihuana) producen estados de ensueño o delirio, en que la razón está ausente. El caso de mayor frecuencia e importancia práctica es el de la embriaguez por in-

gestión de alcohol, ordinariamente en forma de bebidas alcohólicas (intoxicación etílica). La responsabilidad penal del ebrio se encuentra determinada por dos factores:

A) **La voluntariedad de la causa.** Por lo general, el que se embriaga lo hace voluntariamente. Por excepción, puede tratarse de una embriaguez forzada: se le ha obligado a beber. O bien puede tratarse de una embriaguez fortuita, lo que ocurre cuando el sujeto bebe sin conocer la naturaleza o propiedades de la bebida. También puede ocurrir que el sujeto presente una reacción anormal al alcohol, de modo que la ingestión de muy pequeña cantidad le provoque la embriaguez. Si en este caso bebe sin saber su anormalidad (embriaguez patológica), la embriaguez será también fortuita. La embriaguez forzada y la fortuita deben ser consideradas para estos efectos como "independientes de la voluntad" del ebrio, y permiten a éste beneficiarse de la eximente, siempre que concurra el otro requisito.

B) **La intensidad de la privación de razón.** Para estos efectos, se distingue entre el estado de excitación o euforia, el de embriaguez incompleta, el de embriaguez plena, y el de embriaguez comatosa. Se admite que los dos últimos estados producen privación total de razón; el primero generalmente no priva de razón, y en cuanto al segundo, deberá discriminarse en cada caso particular.

Esto se refiere a la embriaguez como causal eximente de responsabilidad penal, y no a las situaciones en que la embriaguez misma constituye delito o es circunstancia agravante.

4) **Causas accidentales.** Estas otras causas accidentales pueden originarse en **enfermedades** (estados delirantes propios de las fiebres altas), o **traumatismos físicos** (golpes en la cabeza, explosiones), o en **choques psíquicos** (terror intenso, paroxismo emocional). Hay casos en que golpes físicos, sin producir la inconsciencia inmovilizada, acarrean un oscurecimiento total y pasajero de la conciencia, en que el sujeto no domina sus acciones. En cuanto a las causas psíquicas, debe señalarse que no constituyen eximente las emociones o pasiones en sí, por lo menos dentro de esta causal, sino el efecto psicológico que ellas puedan producir, y que debe consistir en privación de la razón: obnubilación de la conciencia, pérdida del dominio de los propios actos, y generalmente una amnesia, posterior al resultado, con relación a lo obrado en esas circunstancias.[1] Esto es particularmente posible en los sujetos de personalidad psicopática, predispuestos a reaccionar anormalmente, o

[1] DIAZ PADRON, JOSE A., y HENRIQUEZ, ENRIQUE C., *Responsabilidad Criminal ante los tribunales,* Ed. América Nueva, México, 1955, especialmente pp. 138 y ss.

que padecen de alguna forma de neurosis (histéricos), o que soportan una extrema tensión emocional.

Con este problema de la privación transitoria de razón se vincula el de las llamadas **actiones liberae in causa.** Se designa así a aquellas acciones que en sí mismas no son conscientes y voluntarias, pero que sí lo son en su causa o antecedente. Es decir, el sujeto previó que, de realizar determinada acción, se pondría en una situación dada, en la cual podría realizar algún acto delictivo. Si a pesar de ello realiza la acción, sea porque desee precisamente que se produzca la situación delictiva, sea porque ello lo deje indiferente, obra culpablemente, con dolo o con culpa según los casos. Es el que se embriaga **para** cometer un delito en tal estado, o bien el que se hace hipnotizar con ese propósito. O bien es el caso de la madre que sabe que tiene un sueño inquieto y profundo y no obstante duerme en un mismo lecho con su hijo de pocos meses, al que aplasta en uno de sus movimientos, provocándole la muerte. En este último caso hay homicidio culposo; en los otros, hay dolo. No se trata en verdad más que de casos especiales en los cuales el hombre, mediante su previsión intelectual y volitiva, ha **incorporado** a su acción los resultados delictivos. Así, los **actos** ejecutivos en sí mismos no serían voluntarios, pero la **acción** en la cual se incorporan sí lo sería, y por ende, habría responsabilidad para el que obra.[1]

3. La menor edad. La falta de mente madura tiene una sola fuente entre nosotros: la menor edad. Los adultos con mente infantil constituyen un caso particular dentro de la enajenación.

Nuestro Código Penal sigue en esta materia el enfoque clásico: responsabilidad plena para los adultos, exención total de responsabilidad para los muy jóvenes, y responsabilidad atenuada para los que se aproximan a la edad adulta.

El tratamiento de los menores es un problema social muy complejo, que ciertamente excede los límites del derecho penal. La tendencia más correcta en esta materia parece ser la de sustraer totalmente a los menores del campo de las leyes penales, para someterlos a las disposiciones de una rama especial del derecho, destinada a los llamados "menores

[1] GARRIDO MONTT estima que la responsabilidad penal del ebrio o drogado alcanza solamente a la embriaguez preordenada, o en todo caso, al que, al intoxicarse, prevé que va a delinquir o que puede hacerlo *(actio libera in causa).* Si la embriaguez o intoxicación han sido voluntarias, pero sin estar ordenadas al delinquimiento, ni siquiera previendo la posibilidad de que éste se produzca, existiría exención de responsabilidad. Si ha mediado culpa, se trataría de un caso de imputabilidad "atenuada". *Op. cit.,* p. 224.

en situación irregular", que incluye tanto a los que han cometido actos que la ley penal considera delitos, como los que se ven afectados por otras circunstancias anormales de influencia perniciosa sobre su desarrollo y bienestar.

Se refieren a la situación penal de los menores el Art. 10, N^{os} 2º y 3º, y el Art. 72. La situación es la siguiente:

a) **Los mayores de 18 años.** Son plenamente responsables, y la edad no tiene influencia en su pena.

b) **Los mayores de 16 y menores de 18 años.** En principio, están también exentos de responsabilidad, a no ser que conste que han obrado con discernimiento. Esta declaración debe hacerla el Juez de Menores, oyendo al Consejo Técnico de la Casa de Menores, o a alguno de sus miembros, conforme al respectivo reglamento. Si no hay Casa de Menores, debe oír a un funcionario designado para este efecto por el Consejo Nacional de Menores. Cuando se declara **sin** discernimiento a un menor y el hecho que se le imputa tiene asignado por la ley pena aflictiva, la resolución debe consultarse a la Corte de Apelaciones (Ley 16.618).

Si se declara al menor **con** discernimiento, tiene responsabilidad penal, pero su edad constituye para él una atenuante especial, prevista en el Art. 72, y que determina que se le imponga una pena inferior en un grado al mínimo de las señaladas por la ley para el delito (sin perjuicio de las otras que además lo puedan beneficiar). Si se le declara **sin** discernimiento, su situación es enteramente igual a la de los menores de 16 años, de los que nos ocupamos a continuación.[1]

c) **Los menores de 16 años.** No tienen jamás responsabilidad penal. Si alguno realiza hechos que la ley considera delitos, la justicia de menores puede aplicarle alguna de las siguientes medidas: devolverlo a sus padres, guardadores o personas que lo tengan a su cuidado, previa amonestación; someterlo al régimen de libertad vigilada; internarlo en un reformatorio o establecimiento especial de educación adecuado al caso, o confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste a ello, a quien el juez considere capacitada para dirigir su educación, a fin de que conviva con su familia. Estas medidas se prolongan por el tiempo que el tribunal estime conveniente, y pueden ser revocadas o modificadas por éste, oyendo al Consejo Nacional de Menores.

[1] La Ley 19.366 sobre tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sustrae del régimen penal a los menores que tengan entre 16 y 18 años, prescindiendo del discernimiento, y los somete sólo a un régimen de medidas de seguridad o protección a través del tribunal de menores, pero únicamente con respecto a los delitos sancionados en esa ley.

Aparte de este sistema, la ley establece disposiciones sobre la detención de los menores y el cumplimiento de las penas que a ellos se les impongan, de lo cual se trata en el capítulo relativo a la ejecución de las penas.

Sin duda, el problema jurídico-penal más serio en esta materia es el de determinar el concepto de "discernimiento". En esta materia ha existido multitud de criterios. Nuestra ley señalaba, en el antiguo Art. 370 del C. de Procedimiento Penal, que la declaración de discernimiento debía hacerse tomando en consideración "el criterio del menor, y en especial su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiere dado motivo a la causa". Si bien esta disposición está derogada, parece que ése sigue siendo el criterio correcto.[1] PACHECO señalaba que el discernimiento es algo más que inteligencia y voluntad, que no faltan ni siquiera en los pequeños: va envuelto también el conocimiento de las cosas y del mundo, la comprensión de las consecuencias de nuestros actos y de las relaciones que los enlazan con el mundo exterior.[2] En todo caso, es de rechazar el criterio que liga el "discernimiento" a la capacidad de "readaptación del menor", defendido por algunos autores,[3] y que por aconsejable que resulte socialmente, equivale a modificar la ley. CURY[4] estima que el discernimiento es "la capacidad de conocer lo injusto del actuar o de determinarse conforme a tal conocimiento", y piensa que, pese a las expresiones del Art. 10 Nº 3º, el discernimiento se refiere a la capacidad penal general del adolescente, y no a la realización de la acción misma que se le imputa.

EL DOLO

El dolo es la forma característica de la voluntad culpable en materia penal, e integra la generalidad de los delitos. El dolo es la voluntad final típica, pero calificada o valorada conforme a determinados criterios. La determinación de esos criterios valorativos, para el juicio de reproche, es lo que corresponde propiamente a la culpabilidad, dentro

[1] PACHECO, *op. cit.*, I, pp. 143-144.

[2] Véase NOVOA, *op. cit.*, pp. 487-488.

[3] LABATUT, *op. cit.*, p. 249. GARRIDO MONTT señala, aprobándolo, que el criterio jurisprudencial entre nosotros considera tanto el concepto de la capacidad de comprensión del menor, como sus posibilidades de readaptación. *Op. cit.*, p. 227.

[4] CURY, *op. cit.*, II, pp. 52 a 54. Véase también sobre este tema BASCUÑAN, ANTONIO y otros, *La Responsabilidad Penal del Menor* (dos volúmenes), Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas, Santiago, 1974.

de la teoría del delito. La voluntad misma pertenece a la acción: sus cualidades de conocimiento, ánimo y libertad permiten formularle un juicio de reproche y calificarla de **dolo**.

Sobre la esencia misma del dolo existen diversas teorías. Las más difundidas son tres: la de la **voluntad**, la de la **representación** y la del **consentimiento**.

1. Teoría de la voluntad. Esta es la teoría clásica del dolo, sustentada en Italia por CARRARA,[1] que define el dolo como "la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley". Para quienes la profesan, el dolo supone primeramente un conocimiento del hecho que se realiza y sus consecuencias, pero además, y esencialmente, una posición de la voluntad que busca, que se propone, el resultado producido. El dolo sería **intención**, aproximándose mucho al contenido de "intención positiva" que le asigna el Art. 44 del C. Civil.

2. Teoría de la representación. Defendida especialmente por VON LISZT en Alemania, esta concepción define el dolo como "el conocimiento de las circunstancias de hecho constitutivas del tipo, acompañado de la voluntad de realizarlas".[2] Para que exista dolo, basta con que el sujeto quiera la acción, siempre que además se haya representado el resultado. Pero no es necesario que haya también querido el resultado, como sostiene la doctrina anterior. Así, la enfermera que debe administrar una inyección a su paciente cada hora, para que éste no muera, y que en vez de hacerlo se va de paseo, comete homicidio si el paciente muere, puesto que quiso la acción (ir al paseo) y se representó el resultado (muerte del paciente), aunque no haya querido la muerte, sino que la haya lamentado profundamente.

3. Teoría del consentimiento o asentimiento. Es la que goza de mayor favor en la doctrina.[3] En cierto sentido, combina las dos anteriores, pues exige, en primer término, que el autor se haya representado el resultado, pero además atiende a la posición de la voluntad con respecto a esa representación: si el autor quiso positivamente el resultado, o por lo menos aceptó que se produjera, hay dolo. De lo contrario, sólo puede haber culpa o caso fortuito.

---

[1] CARRARA, *Opúsculos,* I, p. 203.

[2] VON LISZT, *op. cit.,* II, p. 409.

[3] MEZGER, *L. de Estudio,* I, p. 226; WELZEL, *op. cit.,* pp. 73-74; MAGGIORE, *op. cit.,* I, p. 576; SOLER, *op. cit.,* II, pp. 99 y ss.

Dolo es el conocimiento de los hechos constitutivos del tipo, acompañado de la conciencia de su antijuridicidad y la intención o aceptación de su posible resultado.[1]

ELEMENTOS

Los elementos o factores que deben tomarse en consideración para calificar a una voluntad finalista como **dolo**, son:

1. El conocimiento. La doctrina finalista de la acción supone que la voluntad se determina por la consideración de un fin, un objeto: una cierta situación posible, distinta de la actual, que se desea lograr o bien evitar. WELZEL lo expresa así: "Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad consciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista". Y agrega: "En esta dirección objetiva del acontecimiento causal la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo; es decir, a: 1) El objetivo que quiere alcanzar; 2) Los medios que emplea para ello, y 3) Las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios. La actividad finalista no sólo comprende la finalidad de la acción, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas... La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello".[2]

¿Sobre qué debe recaer el "conocimiento" propio del dolo? Debe recaer sobre dos clases de circunstancias: los hechos constitutivos del tipo legal[3] y la antijuridicidad de la acción.

a) **Conocimiento de las circunstancias típicas.** Este es el sentido de la afirmación de que la culpabilidad debe también ser "típica". Así,

[1] CURY, *op. cit.*, I, p. 249, y GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 61, ofrecen sus propias definiciones de dolo, en las cuales, conforme al tratamiento sistemático que le dispensan, excluyen del concepto a la conciencia de la antijuridicidad.

[2] WELZEL, *Teoría*, pp. 21-22.

[3] Para quienes siguen la sistematización de WELZEL, este conocimiento debe exigirse en la acción típica. Véase CURY, *op. cit.*, I, pp. 253 y ss.; GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 76.

por ejemplo, tratándose de un delito **formal**, que se agota en la sola acción, el dolo supone, intelectualmente, que el sujeto haya tenido conciencia de la acción que ejecuta, y conocimiento de las circunstancias de hecho que la hacen delictiva para la ley. En la violación de domicilio (Art. 144), que consiste en "entrar en morada ajena contra la voluntad de su morador", es preciso que la persona que entra se dé cuenta de que está entrando, y que sepa que lo hace en morada ajena, pues ésas son las exigencias típicas. Que se sepa o no quién es el morador de la casa, en qué calle y número está ésta situada, etc., no tiene importancia para decir que el hecho se ha ejecutado dolosamente. Es preciso enfatizar que esta exigencia de conocimiento se refiere a los **hechos**, no al conocimiento de la disposición legal que los constituye en típicos. Este último conocimiento (y con muchas limitaciones) sólo sería exigible dentro de la "conciencia de la antijuridicidad". Así, el dolo del hurto exigirá la conciencia de que el agente se está apropiando (aunque incluso desconozca el término: basta con que asocie su acto al despojar a otro de su propiedad) de una cosa ajena (aunque no conozca el título y el modo de adquirir que han acarreado esta condición jurídica). Nos parece incluso dudoso exigir que el agente tenga conciencia de que se trata de una cosa "mueble"; aunque desconozca esta clasificación jurídica de los bienes, sabe que se está "llevando" algo ajeno (lo que no podría hacer con un inmueble). En ningún caso será de exigir que conozca el texto del Art. 432 del Código Penal.

Cuando se trata de delitos **materiales**, o sea, de delitos de resultado, además de los factores señalados anteriormente se requiere: la **representación del resultado** y la **representación de la virtud de causación de la acción con respecto al resultado**. Así, en un homicidio con arma de fuego, el conocimiento de las circunstancias típicas supone: que la persona tenga conciencia de que está apretando el gatillo de un arma de fuego; que se represente el resultado "muerte de otro", y que se represente la virtud causal que su acción tiene en relación con el resultado. Otro conocimiento: identidad de la víctima, marca del revólver, momento y sitio del suceso, etc., no interesa para constituir el dolo.

Tratándose de la representación del **resultado**, suele distinguirse entre la representación del mismo como **cierto** o como **meramente posible**, a la que se atribuye importancia para distinguir entre las distintas especies de dolo: directo (el resultado típico se busca o persigue); indirecto (el resultado se acepta, previéndolo como seguro) y eventual (el resultado se acepta, previéndolo sólo como posible). CURY[1]

[1] CURY, *op. cit.*, I, p. 264, texto y nota.

rechaza la denominación de dolo indirecto y aun la de dolo "de las consecuencias necesarias", que él mismo con anterioridad empleaba, y prefiere hablar del dolo "de las consecuencias seguras", para los casos en que el resultado, aunque no buscado, se prevé con certeza, y estima que aquel debe ser asimilado al dolo directo (intención respecto del resultado).

La verdad es que la única distinción que interesa es entre **representación** y **falta de representación** (o representación errónea, que es lo mismo), que permite distinguir entre **dolo** y **culpa**. La verdadera distinción entre las diferentes clases de dolo, y aun entre éstas y la culpa consciente, radica en el elemento volitivo (ánimo), y no en el grado de posibilidad con que se represente el sujeto el resultado. Ello, en virtud de que nunca puede una persona prever un resultado con certeza metafísica absoluta, sino siempre con un mayor o menor grado de probabilidad, que variará entre una certeza moral (altísima probabilidad) hasta una remota posibilidad. Entre ambos extremos hay una infinidad de matices, que no permiten trazar una línea divisoria cierta, la cual, además, en caso de ser posible, no presentaría ninguna utilidad práctica. El propio CURY,[1] siguiendo a WELZEL, reconoce que es "prácticamente imposible que alguien cuente en forma indudable con que un cierto resultado seguirá inevitablemente a su acción". En el mismo ejemplo que este autor ofrece sobre el dolo "de las consecuencias seguras", a saber, el de quien coloca una bomba en un avión para provocar la muerte de un pasajero del mismo, pero sabe con seguridad que los demás ocupantes de la aeronave también perecerán, hay que recordar los numerosos casos de accidentes aéreos en que hay sobrevivientes: el agente ni siquiera tiene la certeza de que la persona a quien quiere matar vaya a estar entre las víctimas.

En seguida, tratándose de la representación de la **causalidad**, es preciso proceder cuidadosamente. MEZGER,[2] con la mayor parte de la doctrina, exige que el sujeto se represente la cadena causal, o sea, la forma en que su acto causará el resultado. Pero admite que una representación exacta de esa "cadena de causalidad" es imposible, aun para el más experto: nadie puede predecir la forma exacta en que el proyectil penetrará en el cuerpo y los órganos que destrozará. Por lo tanto, se conforma con exigir que el sujeto se haya representado en forma aproximada el curso causal: que éste no se desvíe "esencialmente" de lo que el sujeto se había representado. A nuestro parecer, y una vez

[1] CURY, ibíd., nota 81.
[2] MEZGER, *Tratado,* II, pp. 101 y ss.

averiguado que efectivamente existe un nexo causal entre la acción y el resultado, sólo cabe exigir, para el juicio de dolo, que el sujeto se haya representado lo que SOLER[1] llama "la potencia productiva del acto". Eso permite resolver fácilmente el conocido problema del que dispara contra otro para matarlo y lo hiere: la víctima, que estaba sobre un puente, cae, y en su caída se golpea la cabeza contra los pilares del puente y se destroza el cráneo, lo que le causa la muerte. Basta, en este caso, con la representación de la virtud causal, de la capacidad del disparo para provocar la muerte, sin exigir una representación exacta (ni siquiera "esencialmente aproximada" del curso causal efectivo).

b) **Conocimiento (conciencia) de la antijuridicidad de la acción.** La exigencia que aquí se formula significa que para obrar con dolo, el agente debe tener conciencia de que su acción es antijurídica, es decir, no es conforme a derecho. No es preciso que el sujeto tenga conciencia exacta de que su acción es **penalmente** antijurídica, esto es, sancionada como delito. Siendo la antijuridicidad una sola, es suficiente la conciencia de que el obrar del agente está prohibido por el derecho en general. Por el contrario, no basta la conciencia de la nocividad de la conducta o de su incorrección ética. Además de tener conciencia de esta contrariedad al derecho, el agente debe tener conciencia de que en las circunstancias específicas en que obra, **no está cubierto por una causal de justificación**.

La mayor parte de los autores concuerda en que para sancionar penalmente, es preciso que haya existido conciencia de la antijuridicidad, aunque algunos la sistematicen como parte del dolo, y otros, como un requisito independiente de éste y como integrante sólo del juicio de reproche. Los autores no pueden desconocer que un conocimiento acabado y perfecto de todo el derecho vigente no se da siquiera entre los juristas, y se contentan con exigir al respecto, insatisfactoriamente, un conocimiento imperfecto, entre moral y jurídico: MEZGER[2] habla de la "hostilidad al derecho"; BELING[3] dice que se debe exigir "que el autor, como lego, haya asociado el orden moral y de buenas costumbres con el orden jurídico"; MAGGIORE[4] sólo exige que el sujeto tenga conciencia de estar realizando algo prohibido, ilegal. En la doctrina nacional, NOVOA[5] habla de la conciencia de la "significación del hecho para el Dere-

[1] SOLER, *op. cit.*, II, p. 116.
[2] MEZGER, *L. de Estudio*, p. 251.
[3] BELING, *Esquema*, p. 81.
[4] MAGGIORE, *op. cit.*, I, p. 581.
[5] NOVOA, *op. cit.*, p. 509.

cho". CURY[1] cree que es necesario tener conciencia de la contrariedad del hecho con el derecho, aunque no se conozcan exactamente los preceptos legales que determinan tal cosa. Así excluye los casos en que se tiene sólo conciencia de la reprobación ética o del daño social producido. Pero, por otra parte, no exige la conciencia efectiva de la ilicitud: se conforma con una conciencia **potencial** de la misma. Con matices, sostiene también esta posición GARRIDO MONTT.[2]

La conciencia de la antijuridicidad se integra también con la conciencia de no estar cubierto por una causal de justificación. No tiene esta conciencia, por consiguiente, el que cree obrar amparado por una causal de justificación que en realidad no existe en la ley (licitud **putativa**); o el que cree erróneamente encontrarse en una situación en que lo ampara una causal que realmente existe en la ley, pero cuyos requisitos, ignorándolo el agente, no se dan en el caso (se cree erróneamente ser víctima de una agresión, que en verdad no existe, y se obra para impedirla; o se ignora que el hecho de que el agente haya provocado la agresión lo priva del derecho a invocar la legítima defensa). Según exponemos más adelante en la teoría del error, en ninguna de estas circunstancias concurre la conciencia de la antijuridicidad.

2. EL ÁNIMO. La conciencia de la propia acción y la representación del resultado no son suficientes para constituir dolo. Es preciso, además, que el sujeto haya "querido" la acción, lo cual es el momento propiamente volitivo del dolo. El "querer" supone necesariamente la representación del resultado y de la virtud causal de la acción con respecto a él: es un antecedente indispensable para que este elemento pueda surgir. Si el sujeto se representa el resultado y se siente afectivamente inclinado a él, si aspira a que se concrete en la realidad, pero no tiene conciencia de la virtud causal de su acción para producirlo, se tratará de un mero **deseo**, pero no de una voluntad eficaz. Es el caso del sujeto que quiere con vehemencia la muerte de su enemigo, pero sólo tiene a su alcance un arma que él cree descargada. La apunta, sin embargo, contra el otro, para desahogar en ese gesto su rencor, y oprime el gatillo. El arma resulta estar cargada, sale el proyectil y muere el otro. Pese a la posición anímica positiva en que el sujeto se encontraba con respecto al resultado muerte, faltaba en él la representación de la virtud causal de su acto, que creía meramente simbólico: no existe el presupuesto indispensable para hablar de **ánimo**.

[1] CURY, *op. cit.*, II, pp. 58-59.
[2] GARRIDO MONTT, *op. cit.*, pp. 211-212.

Sentado que hay representación del resultado (que siempre será una representación del resultado como **posible**, según se ha explicado), la posición anímica del sujeto puede ser alguna de las siguientes:

a) **Desea** el resultado. Esta vez no es un simple estado afectivo, sino que es un deseo al menos potencialmente eficaz, ya que el sujeto tiene conocimiento de que su acción es capaz de producir el resultado. Esta situación se produce cuando la finalidad que impulsa la voluntad del sujeto es precisamente el resultado que la ley desea evitar. Cuando ello ocurre, al dolo se le llama **dolo directo**, sea cual fuere el grado de probabilidad con que el sujeto se haya representado el resultado. Así, obra con dolo directo, con determinación finalista de matar, tanto el que descarga un revólver a boca de jarro sobre el corazón o la cabeza de su adversario (representación con alta probabilidad), como el que, deseando darle muerte, le dispara desde larga distancia, en malas condiciones de visibilidad, etc. (representación de un éxito altamente incierto). Tiene importancia distinguir entre esta posición anímica y las demás, ya que en materia de delito imperfecto, las formas de tentativa y frustración sólo son punibles cuando ha existido dolo directo. Además, en algunos casos particulares, la ley exige como "tipo de culpabilidad" en ciertos delitos exclusivamente el dolo directo (al que impropiamente en tales casos suele llamársele "dolo específico").

b) **Acepta** el resultado. Esta situación ocurre cuando el sujeto, a diferencia del caso anterior, no busca ni desea el resultado (no se determina finalistamente por él), pero lo acepta, es decir, tiene conciencia de que su acción es capaz de producirlo y no obstante, obra. Se representa que ese resultado está ligado como una consecuencia al fin que se propone o a los medios escogidos para alcanzarlo. Pero le importa más el logro de su finalidad que la producción del resultado: que éste acaezca o no, lo deja indiferente. Es el caso del que incendia una casa para cobrar el seguro: se representa la posibilidad de que muera la persona que duerme en dicha casa; no desea ni busca esa muerte, pero su producción es un riesgo que acepta. Muera o no dicha persona, él decide obrar igualmente.

La doctrina suele distinguir, dentro de esta posición anímica, dos situaciones diversas: si el sujeto se ha representado el resultado como cierto e inevitable y no obstante obra, se dice que actúa con dolo **indirecto** (o dolo directo de segundo grado, según otros). Si se ha representado el resultado como meramente posible, pero siempre obra, no importándole el resultado, se dice que ha obrado con dolo **eventual**. La verdad es que no existe una diferencia esencial entre estas supuestas especies de dolo, sino únicamente de grado o matiz. La posición fundamental es siempre la misma: el resultado no se busca, pero se acep-

ta. Ya hemos dicho que jamás es posible la representación de un resultado como absolutamente cierto o inevitable: habrá solamente mayores o menores probabilidades de que acontezca. Por lo demás, la distinción entre el supuesto dolo indirecto y el eventual carece de toda trascendencia práctica. De este modo, a esta situación de aceptación del resultado que no se busca, con toda su gama de matices, la denominamos simplemente **dolo eventual**.

c) **Rechaza** el resultado. Del mismo modo que la búsqueda del resultado, para que no sea un mero deseo, supone la representación de la aptitud o virtud causal de la acción (el deseo debe ser **eficaz**), el rechazo del resultado no debe ser un rechazo puramente afectivo, un estado sentimental en que se lamentaría que el resultado ocurriera o se espera que no se produzca. Ese estado de ánimo es perfectamente posible que se dé también en el caso de dolo eventual (el incendiario puede lamentar profundamente la posible muerte del inquilino, y tener la esperanza de que éste alcance a salvarse; no obstante, obra con dolo). Para que pueda hablarse propiamente de rechazo que excluya el dolo eventual, es preciso que el sujeto se represente su acción como causalmente eficaz para evitar el resultado. Esto es, debe el sujeto, en primer término, representarse la posibilidad del resultado, pero también la posibilidad de que, realizando la acción en determinadas circunstancias o con ciertas modalidades, el resultado se evite, y decidir obrar de esa manera. No es exacto, entonces, afirmar que la actitud de rechazo se caracteriza por "confiar en que el resultado no se producirá"; lo exacto es decir que se caracteriza por "confiar en poder evitarlo". La confianza en el puro azar es dolo eventual.

Esta tercera posición anímica **ya no es dolo**. Es propia de la **culpa**, y para distinguirla de aquella culpa en la que no ha existido representación, se la llama "culpa con representación", y de ella se tratará más adelante. La ausencia de representación del resultado o de la virtud causal de la acción a su respecto, jamás puede permitir la calificación de la voluntad como dolo, de ninguna especie; únicamente, si se reúnen otros requisitos, puede permitir que ella constituya "culpa sin representación".

La distinción entre la posición anímica de **aceptación** y de **rechazo** es difícil: si un automovilista no disminuye la velocidad al advertir al peatón que cruza, y le causa la muerte, no siempre resultará sencillo determinar si la posibilidad de la muerte lo dejó indiferente (dolo eventual), o si confió en poder evitarla (culpa con representación). Para algunos,[1] el criterio reside en el grado de probabilidad con que el autor

[1] SAUER, *op. cit.*, pp. 269-270.

se haya representado el resultado: si lo más probable era que ocurriera, se ha obrado con dolo; si lo más probable era lo contrario, se ha obrado con culpa. Este criterio tiene como principal defecto la falta de certeza: hay infinitos grados de probabilidad, desde la certeza moral hasta la posibilidad remotísima, lo que no nos proporciona un criterio seguro. Por lo demás, es corriente que el propio sujeto no haga un cuidadoso balance del grado de probabilidad de uno y otro evento. FRANK[1] ha propuesto en cambio la siguiente fórmula: suponiendo que el sujeto se hubiera representado el resultado como absolutamente cierto, ¿habría obrado de todos modos o no? Si hubiera obrado igual, quiere decir que actuó con dolo; si la certeza del resultado lo hubiera hecho desistir, obró con culpa. Algunos casos límites, sin embargo, como el de los mendigos rusos,[2] han presentado dificultades. Unos mendigos rusos mutilaban niños para pedir limosna luego con ellos, excitando la compasión de las gentes. Al mutilarlos, algunos niños morían. Puede pensarse que si el mendigo se hubiera representado como cierta la muerte del niño, habría desistido de obrar, ya que el niño muerto era para él inútil. ¿Quiere decir eso que obró sin dolo con respecto a la muerte y sólo con culpa? Por eso FRANK propone otra fórmula mejorada:[3] la posición anímica del hechor en el dolo es "suceda lo que sucediere, sea esto o lo otro, no importa, actúo igual" (indiferencia). El mendigo piensa que si el niño muere, se tratará de una mala suerte, pero esa posibilidad lo deja indiferente.

A esta posición anímica, que puede ser de deseo (dolo directo) o de aceptación (dolo eventual), la denominamos genéricamente **ánimo**, a falta de mejor término, ya que el de **intención**, que sería equivalente, parece a primera vista identificarse más con el propósito, o dolo directo, y ser sólo impropiamente aplicable al dolo eventual o simple aceptación.

3. LA LIBERTAD. El tercer criterio para valorar la voluntad como dolo es la libertad con que el sujeto ha obrado. Dentro de la concepción psicológica, resulta interesante anotar que este factor no se considera positivamente como integrante del dolo, pero sí se le toma en consideración, bajo el rubro genérico de "coacción" u otro semejante, cuando se trata de los factores que excluyen la culpabilidad. Parece lógico, en consecuencia, considerar que uno de los factores que positivamente

[1] Véase ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, I, p. 202.
[2] SOLER, *op. cit.*, II, p. 126.
[3] Véase ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, I, p. 202.

deben concurrir para poder calificar de dolo a la voluntad finalista, es la **libertad** en el obrar. Este problema no se identifica con el del libre albedrío o determinismo; significa solamente la verificación de que la orden dada en la norma jurídica puede ser de hecho acatada o transgredida por los súbditos del ordenamiento jurídico, y que por otra parte, salvo el caso de los inimputables, el sujeto normalmente puede adaptar su conducta a las reglas señaladas por la norma jurídica, lo que es objetivamente comprobable. Pues bien, hay sin embargo casos en los cuales las circunstancias en que el sujeto obra son tan especiales, que determinan en él una inclinación anormal a obrar en disconformidad con las normas jurídicas. El derecho reconoce estas situaciones, y renuncia a reprochar al sujeto que, en esas circunstancias, desobedece el mandato jurídico. Esto no significa que el derecho sea sólo una especie de consejo o recomendación que deba seguirse únicamente cuando no incomoda demasiado al sujeto. Por el contrario, el derecho reclama para sí un alto grado de exigibilidad, y ordena que se le obedezca aun a costa de sacrificios. Pero en determinadas situaciones, la obediencia a la norma significaría no sólo un sacrificio, sino un verdadero acto de heroísmo extraordinario. Esos casos son excepcionales, y por eso los normativistas los llaman "motivación **anormal**" del sujeto: han entrado en escena factores ordinariamente ausentes. En tales situaciones, el derecho no puede exigir el heroísmo, ni puede reprochar al que no ha sido héroe. Si estos casos son solamente los que señala la ley en forma taxativa, o podrían considerarse en general con una fórmula amplia, la "no exigibilidad de otra conducta", es asunto que se esclarecerá al tratar en particular de las causas de inculpabilidad. Basta afirmar, en todo caso, que la libertad con que el sujeto ha obrado, o sea, la motivación normal del mismo, es un factor de indispensable concurrencia para la calificación de dolo. Y como la "motivación normal" o libertad será lo ordinario, el estudio de este factor podrá reducirse –como en el caso de la imputabilidad– al de los casos de excepción en que se encuentre ausente, siendo de presumir en los demás.

CLASES DE DOLO

En ediciones anteriores de esta obra hemos señalado varias clasificaciones del dolo, que en la presente edición hemos eliminado, ya que su interés es hoy día puramente histórico, y por otra parte la terminología puede inducir a confusiones en relación con el uso actual

del término. Las clasificaciones que conservan importancia entre nosotros son sólo las siguientes:

1. Dolo directo y dolo eventual. Ya nos hemos referido a esta clasificación. Algunos autores añaden en este grupo una tercera clase de dolo: el indirecto o de las consecuencias necesarias o seguras. Hemos indicado al respecto que siempre el resultado se presentará como posible, con un grado de expectativa que podrá ir desde la certeza moral o altísima probabilidad (nunca habrá seguridad absoluta), a la elevada probabilidad, o la simple posibilidad, o la posibilidad remota; no hay un criterio, ni legal ni psicológico, para distinguir grados de probabilidad. Lo decisivo, insistimos en ello, para distinguir el dolo **directo** del eventual, es la posición **anímica** del sujeto respecto del resultado más o menos posible: si ese resultado **es buscado**, habrá dolo **directo**, aunque en el pensamiento del agente la posibilidad de que acaezca sea remotísima. Este dolo, según se verá, es el que permite sancionar a título de tentativa o frustración aquellos casos en que el resultado no llegó efectivamente a producirse, pero era buscado por el agente a través de su obrar. En cambio, si el resultado ha sido solamente aceptado, aunque se lo haya previsto como de ocurrencia prácticamente segura, no hay dolo directo, sino **eventual.**

2. Dolo genérico o común y dolo específico. Esta clasificación suele encontrarse en nuestra jurisprudencia y en los autores nacionales más antiguos, y por eso damos cuenta de ella. En la doctrina, sin embargo, no hay uniformidad de criterios en cuanto a la realidad designada por esta nomenclatura. Para los autores alemanes, el dolo común u ordinario será el propio de cada figura delictiva (dolo de estafa, de homicidio, de incendio, etc.), y el nombre **dolus generalis** (que literalmente se traduciría como "dolo general") sería una forma de dolo muy indeterminado, que cubre tanto las consecuencias previstas de la acción como aquellos resultados que se desviaron notablemente de la cadena causal representada por el agente. Desarrolló este concepto WEBER[1] (razón por la cual los autores alemanes lo llaman también "dolo de WEBER") para el caso que sigue. Un individuo hiere a otro, y creyendo haberle dado muerte, arroja el cuerpo al agua. En verdad, la víctima no había perecido, y, por efecto de la inmersión, fallece. WEBER afirma que el *dolus generalis* cubre la muerte por asfixia. En la doctrina italiana suele llamarse dolo genérico o general al propio de cada figura delictiva, y dolo específico a las particulares exigencias subjetivas que a

[1] Véase MEZGER, *L. de Estudio,* p. 236.

veces contiene la ley en relación con determinados delitos y que se vinculan a una tendencia o propósito determinados, como el proceder "con ánimo de lucro" en el hurto (Art. 432), con "miras deshonesta" en el rapto (Art. 358). Este último sentido es el que le atribuye entre nosotros LABATUT,[1] aunque a veces emplea tal expresión simplemente como sinónimo de **dolo directo** (v. gr., en el delito de castración, Art. 395).

EL DOLO EN EL CODIGO PENAL

Terminología del Código. El Art. 1° del C. Penal fue tomado casi literalmente del C. Español de 1848 (sólo se cambió la expresión "delito o falta" de aquel Código por "delito" únicamente). Su texto quedó hasta ahora como sigue: "Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley". El Código Español no empleaba tampoco la expresión "dolo", sino la de "voluntariedad", y en la Parte Especial, en numerosas oportunidades, los términos "malicia", "maliciosamente" y otros semejantes. Sólo en el Art. 404 de dicho Código (que pasó a ser el 389 del Código Penal Chileno) se emplea el término "contrayente doloso" para referirse a la persona que sabiendo la existencia de un impedimento que hace nulo o ilícito un matrimonio, lo contrae burlando la buena fe de la mujer (supone, por lo tanto, que sólo el varón puede ser contrayente de mala fe) y establece a su respecto una responsabilidad civil: la de **dotar** (indemnizar) a la mujer. Las otras ocasiones en que nuestro Código emplea términos derivados de "dolo" son los Arts. 156, inciso 2° (retardo doloso en el envío o entrega de correspondencia) y 470 N° 6° (celebración dolosa de contratos aleatorios basados en antecedentes falsos u ocultados), y ambas son disposiciones introducidas por la Comisión Redactora. Es interesante consignar que en relación con ambos textos las actas de la Comisión dejan testimonio de que se emplearon los términos "doloso" y "dolosamente" para precisar que existe **delito** en sentido estricto, y no "cuasidelito" (infracción cometida por imprudencia).

El término **dolo** se introdujo en el Código Penal sólo en el proceso de revisión del Código (sesión 116 de la Comisión) por indicación de FABRES. Allí se acordó insertar una disposición para definir y contemplar el "cuasidelito" (terminología tomada del derecho civil y que hasta hoy subsiste en nuestro Código para designar las infracciones culposas o imprudentes) en la siguiente forma: "Art. 2°. Las acciones u omisiones que cometidas con **dolo** o **malicia** importarían un delito, constituyen

[1] LABATUT, *op. cit.*, p. 161.

cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete". Fue aprobado también un inciso segundo, que en definitiva pasó a integrar el Art. 4°, en el cual se señaló que las infracciones constitutivas de cuasidelito sólo se penarían excepcionalmente, cuando la ley en forma expresa así lo dispusiera. En este último aspecto nuestro Código se apartó por completo de su modelo español, en el cual el Art. 480 hacía punible la forma culposa (por **imprudencia temeraria**) de cualquier delito.

Conviene retener, en consecuencia, que para los redactores de nuestro Código el **dolo** (término probablemente adoptado también, igual que "cuasidelito", para uniformar la terminología con la del Código Civil) equivale a **malicia**, y se lo contrapone a la **imprudencia temeraria**, propia de los delitos culposos o "cuasidelitos". FABRES, al fundamentar su iniciativa, señaló que la definición del Código Español no comprendía a los cuasidelitos, que no eran "verdaderos" delitos: en estos últimos hay "voluntad o malicia" de parte del que los comete, en tanto que en aquéllos se requiere "imprudencia o culpa". En suma, se incorporaron los términos "dolo", "culpa" y "cuasidelito" en paralelismo con el Código Civil, en vez de "malicia" e "imprudencia temeraria", términos usados por el Código Español, y se dejó restringida la definición del Art. 1° a los delitos **strictu sensu** o delitos dolosos.

El efecto de esta agregación resultó de gran trascendencia, ya que la definición del Art. 1° quedó así restringida: en vez de aplicarse en general a todo aquello que la ley pena, sólo se aplica ahora al delito como una clase especial de infracción punible, diferente del cuasidelito. La expresión "voluntaria", en consecuencia, del Art. 1°, indica el elemento subjetivo propio de los delitos, o sea, el **dolo** (o malicia, según el Código). Esto se reafirma si se considera que en la sesión 120. RENGIFO pidió reconsiderar lo aprobado, ya que en la definición general del Art. 1° podían considerarse incluidos tanto los delitos como los cuasidelitos, puesto que la voz **voluntaria** "se aplica tanto al dolo como a la culpa"; "sólo significa acción u omisión libre, ejecutada sin coacción o necesidad interior". Esta insinuación se rechazó, teniendo en consideración que, habiendo casos en que la ley pena el cuasidelito, debe primero definirse lo que éste es, y además, que convenía uniformar la terminología penal con la civil.

De modo que la expresión "voluntaria" en el Art. 1° pasó a ser sinónimo de "dolosa" o "maliciosa", pero sin que se diera una definición general del dolo (que en nuestra ley penal no existe).

Debemos preguntarnos: ¿qué entiende la ley chilena por **dolo** o **malicia**? En el C. Civil (Art. 44) se dice que dolo es "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Esta definición tiene alcances evidentemente civiles: se trata de concretar el elemento

subjetivo de los delitos civiles, que se caracterizan por causar **daño**, ya que precisamente el efecto civil, que es la obligación de indemnizar, aparece inseparablemente ligado al daño. Por eso también el daño está restringido al que se cause en la **persona** o **propiedad**. Este concepto, empero, es insuficiente en materia penal. Aparte de la injuria a la persona o propiedad, el dolo penal puede referirse a otros bienes jurídicos, de naturaleza abstracta y común (fe pública, administración de justicia), donde se justifica la sanción (pena) sin consideración al daño concreto para determinada persona o sus derechos que pueda producirse.

PACHECO, comentando la definición del Art. 1°, afirma que "voluntaria" significa **libre**, **inteligente** e **intencional**. El Código Español de 1822 declaraba: "Comete delito el que libre y voluntariamente, y con malicia, hace u omite... etc." PACHECO considera que esto era una redundancia: que la "malicia" es la "intención", y que al decir "voluntariamente", se comprendía ésta, igual que la inteligencia (conocimiento) y la libertad.[1] Los ejemplos que PACHECO da, revelan que bajo los términos señalados comprende él los elementos que hemos indicado como bases del juicio de reproche: la representación o conocimiento; la libertad, y el ánimo (o intención), esto es, la posición anímica del sujeto frente al resultado. Los comentaristas de nuestro Código están de acuerdo en ello,[2] y aunque la Comisión Redactora no consignó una definición o declaración expresa al respecto, en numerosos pasajes de sus sesiones hizo mención del dolo como un compuesto de los factores señalados.

El dolo eventual en la ley chilena.[3] Pero esta concepción general no resuelve aún todos los problemas. El más importante que queda en pie es: ¿concibe nuestra ley el dolo al modo de la teoría de la **voluntad**? O sea, ¿únicamente llama dolo al **directo** (determinación de la vo-

[1] PACHECO, *op. cit.*, I, p. 74.

[2] FERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 62. Los autores más modernos que siguen la sistematización finalista alemana, dan a la expresión "voluntaria" un sentido limitado a la conciencia de la ilicitud. Tal es el caso de BUSTOS, CURY, GARRIDO MONTT. En cambio, COUSIÑO cree que la "voluntariedad" es una exigencia de dolo, pero restringido a la voluntad de realización del tipo, y por lo tanto, que no comprende la conciencia de la ilicitud. Todo esto cobra especial importancia cuando se trata de determinar el alcance de la presunción de voluntariedad. Volveremos sobre este punto más adelante.

[3] Sobre el particular, véase el trabajo de COUSIÑO, LUIS, "El dolo eventual en la dogmática chilena", publicado en la Revista de Ciencias Penales, tomo XXVII, N° 2, p. 115, y la contribución de FONTECILLA, RAFAEL, en el mismo número de la Revista de Ciencias Penales, p. 184.

luntad según el acto prohibido)? ¿O también es dolo para nuestra ley el **eventual** (aceptación de un resultado no buscado, pero previsto)? El empleo de las expresiones "voluntad" e "intención" parece inclinarnos por considerar que "dolo" es simplemente el directo, el "propósito" de realizar un hecho penado. Empero, cuando el sujeto se ha representado el resultado con certeza moral, es decir, con un altísimo grado de probabilidad, que para los efectos prácticos es seguridad completa de su producción, y no obstante obra, el concepto de "imprudencia temeraria" (que es la forma más grave de culpa) parece a todas luces insuficiente para cubrir esta posición anímica (llamada comúnmente dolo indirecto, según se ha dicho). "Imprudencia" supone por lo menos la existencia de cierto riesgo, de determinada alternatividad del resultado. Luego, si aquella posición de ánimo no fuera dolo, y tampoco quedara incluida en la culpa, determinaría la impunidad del acto, y una especie de laguna o solución de continuidad en las formas de culpabilidad. Este es un primer argumento que nos inclina a pensar que el dolo eventual es también dolo para la ley chilena.

En seguida, hay numerosas disposiciones del Código en las cuales se hace una alusión al elemento subjetivo, caracterizándolo como "a sabiendas", "con conocimiento de causa", "sabiendo", "constándole", etc. (Arts. 212, 220, 223, 224, 228, 343, 393, etc.), es decir, de un modo puramente intelectual. No debe pensarse que se trate de exigencias excepcionales; por lo general la historia del establecimiento de la ley revela que únicamente se quiso poner de relieve la exigencia de dolo en casos en que habitualmente no concurría. Al respecto, son convincentes los argumentos de NOVOA.[1] Donde más se pone de manifiesto esta circunstancia es en los Arts. 224 y 225, por una parte, y 228, por la otra, que tratan del delito de prevaricación. Los Arts. 224 y 225 se refieren por separado a conductas idénticas, que sólo se diferencian en que las del Art. 224 se han realizado con **dolo**, y las del Art. 225 con **culpa**. En el N° 2° de ambas disposiciones se menciona determinada conducta, que recibe la pena del Art. 224 cuando se realiza "a sabiendas", y la del Art. 225 cuando se ejecuta "por negligencia o ignorancia inexcusables". En el Art. 228 ocurre algo análogo: el dolo es obrar "a sabiendas"; la culpa, "por negligencia o ignorancia inexcusables".

Suscita resistencias la inclusión en el concepto de dolo de aquellos casos de dolo eventual en los cuales el resultado se prevé sólo como posible. Autores como NOVOA,[2] que admiten la inclusión del dolo indi-

[1] NOVOA, *op. cit.*, pp. 501-502.
[2] Idem, p. 524.

recto (alto grado de probabilidad) en el concepto general de dolo, vacilan por lo que toca a este caso. LABATUT[1] cree que esta clase de dolo se asimila más bien entre nosotros a la "imprudencia temeraria" (culpa). En España, FERRER SAMA[2] opina que las expresiones "intención" y "malicia" están muy cargadas de contenido voluntario para incluir el dolo eventual. ANTON y RODRIGUEZ,[3] en cambio, estiman lo contrario: creen que la exclusión del dolo eventual restringe demasiado el concepto de dolo. Se pronuncian por considerarlo incluido, siempre que se lo conciba al modo de FRANK, o sea, relacionado con la actitud de aceptación o consentimiento del resultado. Lo mismo opina CUELLO CALON.[4] En cambio, DEL ROSAL[5] y QUINTANO RIPOLLES[6] creen que el "dolo eventual" es una noción extraña al derecho penal español. En nuestro concepto, no existiendo diferencia sustancial entre el llamado "dolo indirecto" y el "dolo eventual", sino sólo de grados, no hay inconveniente en admitir que esta forma de dolo queda incluida en el concepto general del mismo, bien entendido que se juzga su concurrencia según el criterio de FRANK, de aceptación del resultado, y no según un simple cálculo de mayores o menores probabilidades. Contribuye a reforzar esta conclusión el texto del Art. 1°, inciso final, donde siempre se sanciona al que ha cometido delito "aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender", siempre que, como se desprende de la restricción añadida a renglón seguido, dicho mal efectivamente causado hubiera sido previsto por el delincuente ("conocido"). Además, los Arts. 348, 351 y 352, que tratan del abandono de niños o personas desvalidas, señalan penalidades especiales para los casos en que resultaren lesiones graves o la muerte de la persona abandonada. Se ha hecho necesario establecer dicha regla, pues de otro modo sería preciso sancionar estas infracciones en concurso, con lo cual la pena en definitiva resultaría más elevada que si directamente se hubiera dado la muerte al abandonado, lo que sería una inconsecuencia. Esto parece indicar que el solo dolo eventual hace punible el resultado muerte o lesiones (y no a título cuasidelictual).[7]

---

[1] LABATUT, *op. cit.*, pp. 166 y ss.

[2] FERRER SAMA, ANTONIO, *Comentarios al Código Penal,* Suc. de Nogués, Murcia, 1946, I, p. 34.

[3] ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, I, p. 206.

[4] CUELLO CALON, *op. cit.*, I, p. 411.

[5] DEL ROSAL, *op. cit.*, II, pp. 414-415.

[6] QUINTANO RIPOLLES, *op. cit.*, I, p. 202.

[7] NOVOA estima que estos mismos preceptos permiten fundamentar la conclusión contraria. COUSIÑO (trabajo citado en p. 304, nota 3) cree que no permiten fundamentar ninguna conclusión, lo que repite en su obra posterior (*op. cit.*, I, p. 765).

Para estos efectos resulta cierto que puede caracterizarse el dolo como **querer la causa**, **previendo el efecto**, lo que incluye el dolo directo (el resultado también se quiere) y el eventual (el resultado es simplemente aceptado).

La conciencia de la antijuridicidad en la ley chilena. La generalidad de la doctrina nacional admite que entre nosotros no hay responsabilidad penal sin conciencia de la antijuridicidad (salvo que la ignorancia de la misma provenga de culpa del agente, en que podría subsistir un grado de responsabilidad, a pesar de esa ignorancia). No obstante, no hay acuerdo cuando se trata de fundamentar esta exigencia en el texto de la ley positiva. Por una parte, la expresión **malicia** que el Art. 2° hace sinónima de **dolo**[1] está tan cargada de un contenido valorativo, que no puede menos que admitirse que el dolo es una voluntad calificada como **mala.** Recuérdese que CARRARA define el dolo como "la intención más o menos perfecta de hacer un acto **que se conoce contrario a la ley**". Jurídicamente, no puede admitirse que la conciencia del acto como malo tenga una connotación sólo moral o ética, ni tampoco que esté referida a la conciencia de la nocividad o antisocialidad de la acción. Esta conciencia de lo "malo" de la acción, según se ha dicho más arriba, no significa estrictamente tener un conocimiento acabado de la ley, sino uno general de la contrariedad de aquélla con el orden jurídico (y negativamente, no tener la conciencia de que se está amparado por una causal de justificación). Según se verá a continuación, los autores nacionales más recientes creen que la significación de la voz **voluntaria** en la definición de delito alude precisamente a la exigencia de que se obre a conciencia de la antijuridicidad, que ellos separan del dolo. Este último, en cambio, estaría incluido en la definición de delito cuando la ley indica que debe tratarse de una **acción** u **omisión**, conceptos que ya llevarían en sí la dosis de voluntad constitutiva de dolo. Otros autores, más antiguos, piensan que cuando la conciencia de la antijuridicidad depende de un conocimiento más o menos perfecto **de la ley**, este conocimiento sería presumido por el derecho, conforme a la regla del Art. 8° del C. Civil, que consagra legislativamente la ficción de conocimiento general de la ley. En estas

[1] Excepcionalmente, GARRIDO MONTT piensa que en el Art. 2° la expresión "dolo o malicia" atribuye a la conjunción "o" un sentido alternativo y no equiparativo, esto es, no se trataría de expresiones sinónimas para un mismo concepto, sino de dos nociones distintas, cualquiera de las cuales bastaría para integrar el delito. Pero no formula posteriores consideraciones acerca de la diferencia que existiría entre delitos "dolosos" y "maliciosos". (*Op. cit.*, p. 83.) No compartimos ese punto de vista.

condiciones, la conciencia de la antijuridicidad no sólo sería exigida, sino que se la presumiría. No obstante, se admite que si equivocadamente el agente cree que concurren las circunstancias constitutivas de una causal de justificación, estaría exento de responsabilidad penal por falta de dolo: la ley permitiría invocar esta clase de ignorancia.

La idea que los redactores del Código hayan tenido acerca del error sobre la ley será analizada más adelante, a propósito del error, sus clases y consecuencias. Es importante, sin embargo, anotar desde ya que en los Arts. 342 y 395, que se refieren, respectivamente, a los delitos de aborto y de castración, el Código Español empleaba la expresión "de propósito" para caracterizar el obrar del agente. En ambos casos, la Comisión Redactora cambió esa expresión por "maliciosamente", teniendo en consideración que el médico que causaba un aborto o castraba, lo hacía sin duda "de propósito", pero lo hacía en cumplimiento de su deber, "de buena fe". Esta "buena fe", por lo tanto, no se refiere a la naturaleza misma del acto que se va a ejecutar, sobre el cual no hay error alguno, sino a la conciencia de estar realizando un acto **lícito**, conforme a derecho. Cuando no existe esa buena fe, el acto es **malicioso.** La **malicia**, por lo tanto, no está referida únicamente al conocimiento de las circunstancias típicas, sino también a la conciencia de la antijuridicidad de la acción.

La presunción de voluntariedad. El tercero de los grandes problemas que se suscitan en torno al dolo en la ley nacional es el de la presunción del Art. 1°. Después de definir el delito, el inciso 2° continúa:

"Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario".

Esta presunción, como su texto claramente lo indica, es simplemente legal y admite prueba en contrario. Acerca de su alcance, hay diversas interpretaciones en la doctrina:

a) Para una, la expresión "voluntaria" significa una alusión al elemento subjetivo en general, o sea, se presume que las acciones se han realizado "con dolo o culpa". Tal posición pudo ser sostenible en el derecho español, en el cual no existía una definición legal del delito culposo o cuasidelito, como opuesto al delito definido en el Art. 1°, de modo que la definición de dicho artículo puede considerarse amplia, comprensiva del delito **stricto sensu** y del cuasidelito. No es aceptable entre nosotros, donde ocurre lo contrario.[1]

[1] El Código Español de 1995 ha modificado la antigua disposición en su Art. 10 y ha suprimido además la presunción.

b) Otra interpretación, sustentada entre nosotros por ORTIZ MUÑOZ,[1] y en España por FERRER SAMA y QUINTANO RIPOLLES, cree ver en dicha presunción una referencia exclusivamente a la voluntariedad del **acto**, pero no del **resultado**, o sea, se presume sólo ese mínimo de subjetividad que los partidarios del concepto causalista de la acción creen exigible para que la acción sea tal, y no un mero movimiento reflejo. Esto es, se presume que se oprimió el gatillo "voluntariamente", pero no que la muerte fue "voluntaria". Nuevamente diremos que esta interpretación no puede ser aceptada entre nosotros, porque en la ley chilena la voz "voluntaria", en el inciso 1° del Art. 1° significa claramente "dolosa", según se desprende del análisis del Art. 2°. Parece ilógico suponer que en el inciso 2° del mismo artículo se emplee con un alcance diferente del que tiene en el inciso 1°. Además, como siempre es necesario (tanto para los causalistas como para los finalistas) que haya voluntad (un mínimo o un máximo) para que haya **acción**, decir que la acción se reputa voluntaria, en el alcance que esta doctrina le da, es presumir que la acción es acción: sería una presunción inútil.

c) Para una tercera posición, mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia, la presunción del Art. 1° es una presunción de dolo. Esto es, las acciones penadas por la ley se reputan dolosas, a no ser que conste lo contrario. Tal cosa sostenía PACHECO,[2] y profesan ANTON y RODRIGUEZ[3] y CUELLO CALON.[4] Los comentaristas de nuestro Código Penal, FUENSALIDA[5] y FERNANDEZ,[6] opinan lo mismo, y lo propio hacen LABATUT[7] y NOVOA.[8] Es la posición más acertada. El alcance del término "voluntarias", precisado por el Art. 2°, es el argumento más fuerte. La historia fidedigna del establecimiento de la ley permite inclinarse por la misma interpretación, y la única significación posible diversa, que es la que profesaba ORTIZ MUÑOZ, resulta inconsecuente e inútil, según se ha observado. Por otra parte, esta presunción corresponde a lo que ordinariamente ocurre: las personas obran con libertad y previendo las consecuencias de sus actos. Además, no debe pensarse que esto coloque de cargo del acusado la prueba de su falta de dolo; es el propio juez el que debe investigar

[1] ORTIZ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 207.
[2] PACHECO, *op. cit.*, I, pp. 79-81.
[3] ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.*, I, pp. 139-140 y 205.
[4] CUELLO CALON, *op. cit.*, I, p. 409.
[5] FUENSALIDA, *op. cit.*, p. 10.
[6] FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 63.
[7] LABATUT, *op. cit.*, pp. 161-162.
[8] NOVOA, *op. cit.*, pp. 525 y ss.

todas las circunstancias que permitan destruir la presunción legal (C. de Procedimiento Penal, Art. 109).

A veces, sin embargo, esta regla sufre excepciones. De ordinario ocurre esto cuando la ley ha introducido términos como "maliciosamente", "a sabiendas", "intencionalmente", "con conocimiento de causa", etc. Estas expresiones se emplean por lo general para advertir al intérprete que habitualmente las acciones típicas descritas se realizarán sin dolo (v. gr., el juez que falla contra la ley, Art. 223), y que en consecuencia, en tales casos no se aplicará la presunción de dolo,[1] y la concurrencia de éste deberá justificarse. A la misma conclusión llega LABATUT, aunque por distinto camino[2] (cree ver la exigencia de un dolo específico que no se presume).

d) Dentro de la sistemática Welzeliana, se defiende entre nosotros una cuarta interpretación. Según ella, la presunción de voluntariedad sería una presunción de "conciencia de la antijuridicidad" y no se referiría para nada al dolo. Tal posición es defendida por CURY, GARRIDO MONTT y BUSTOS.[3] Es de destacar la particular vehemencia de las críticas de estos autores respecto de la opinión predominante que cree ver una presunción de dolo. CURY llega a calificar de "monstruosa" tal interpretación. GARRIDO MONTT la considera "**absolutamente inaceptable**, jurídica y moralmente". En cambio, admiten sin dificultad estos autores que la presunción (porque está claro que **hay una presunción**) se refiere a la conciencia de la antijuridicidad. Recuérdese que para esta sistemática, el elemento psicológico del delito aparece escindido en dos: la voluntad de realización, llamada dolo, que pertenece al tipo, y la conciencia de la antijuridicidad, que integra autónomamente el juicio de reproche. Aquella no se presumiría, y la segunda, sí. Creemos exageradas estas críticas. Por una parte, según se ha dicho, se trata de una presunción simplemente legal, y por añadidura, bajo el imperio del art. 109 del Código de Procedimiento Penal, no se coloca de cargo del agente el peso de la prueba sobre la ausencia de dolo, sino que ella debe ser investigada de oficio (sin perjuicio, por cierto, de que el inculpado pueda también aportar sus probanzas). En segundo término, no se trata de una presunción arbitraria e injusta: es simplemente aceptar que lo ordinario es que las personas actúen con libertad y a conciencia de los actos que

[1] Véase al respecto AMUNATEGUI, FELIPE, *"Maliciosamente"* y *"A sabiendas" en el Código Penal chileno,* Editorial Jurídica de Chile, 1961.

[2] LABATUT, *op. cit.,* p. 149.

[3] CURY, *op. cit.,* I, p. 252; GARRIDO MONTT, *op. cit.,* p. 82; BUSTOS, JUAN, y SOTO, EDUARDO, "Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido", en Revista de Ciencias Penales, t. XXIII, N° 3°, p. 243.

ejecutan y de su licitud o ilicitud. Es la regla general, no la excepción. En fin, sostener que no puede presumirse que la gente sabe lo que hace, pero que es lícito presumir que sí tienen conciencia de la ilicitud de sus actos, nos parece una distinción un tanto caprichosa: si aquello fuera injusto, esto igualmente habría de serlo. Creemos también ver una cierta inconsecuencia en que el elemento "voluntad" quede al margen de la noción de "voluntariedad" y en cambio esta última se refiera sólo al "conocimiento". Considérese que en la definición que CURY ofrece del dolo, éste aparece integrado por la "voluntad de realizarlo" (el tipo) y la aceptación de un resultado "como consecuencia de la actuación **voluntaria**". GARRIDO MONTT, por su parte, también integra el dolo con la **"voluntad"** de realizar el tipo objetivo de un delito". Es difícil aceptar que la voz "voluntaria" y su correspondiente presunción no tengan relación alguna con todas aquellas menciones de la "voluntad".

e) Todavía una posición diferente es la sostenida por COUSIÑO.[11] Para éste, no cabe duda de que la presunción de voluntariedad es presunción de dolo (cita la historia de la ley, doctrina nacional y española y jurisprudencia abundante), aunque lo critica **de lege ferenda**, por estimarlo contrario a la llamada "presunción de inocencia". No compartimos esta última afirmación, pues pensamos que se trata de dos cuestiones de naturaleza absolutamente distinta. Pero en todo caso, dado que COUSIÑO comparte el concepto de "dolo natural" y "no valorado", la presunción, para él, sólo se refiere a éste y no incluye la conciencia de la antijuridicidad. Es decir, su posición es diametralmente contraria a la mencionada en el párrafo precedente.

A la determinación del significado de "voluntariedad" contribuye todavía el texto del Art. 329 del Código, donde se sanciona al que "por ignorancia culpable, imprudencia o descuido, o por inobservancia de los reglamentos del camino que deba conocer, causare **involuntariamente** accidentes que ocasionen lesión o daño a alguna persona..." Las fórmulas iniciales son todas variedades de la **culpa**, y el texto legal considera que en tales casos los resultados ocasionados lo han sido **involuntariamente**. Ahora bien, la simple **voluntad** no está ausente en las acciones culposas, y así lo pensaba RENGIFO (vid. supra, Terminología del Código Penal): también ellas, para ser acciones, deben tener voluntad final. Para RENGIFO, "voluntariedad" había tanto en el acto doloso como en el culposo, porque para él la única nota característica era la de **libertad** ("acción u omisión libre, realizada sin coacción o necesidad interior"). Su criterio, empero, no prevaleció en el seno de la Co-

[11] COUSIÑO, *op. cit.*, pp. 746 y ss., especialmente p. 754.

misión, para la cual el concepto de **voluntariedad** comprendía el de **intención.** FABRES, en la sesión 116, afirma que los cuasidelitos (delitos culposos) "no son verdaderos delitos", ya que en estos últimos debe haber "voluntad o malicia" de parte del que los comete, mientras en el cuasidelito se requiere "imprudencia o culpa". En el Art. 490 se contraponen "imprudencia temeraria" (culpa), propia del "cuasidelito" (epígrafe del Título X) y "malicia". De todo lo cual se concluye, a nuestro juicio:

1. Que para los redactores del Código los términos "voluntad", "dolo" y "malicia" denotan un mismo concepto;

2. Que, por su parte, las acciones realizadas con "culpa" o "imprudencia temeraria", si bien acarrean en ciertos casos responsabilidad penal, no se consideran "voluntarias".

3. Que "voluntaria" no significa solamente "libre" o "no coaccionada", sino que lleva consigo un elemento de **intencionalidad**.

4. Que en virtud de la introducción del Art. 2° en nuestro Código por la Comisión Redactora, la presunción de voluntariedad del Art. 1° quedó precisada como presunción de **dolo** o **malicia**.

LA CULPA[1]

Ya se ha señalado que en nuestra ley la forma ordinaria y general de culpabilidad es el **dolo** y que él fundamenta el reproche penal. Cuando la ley describe un hecho y le asigna pena, sin otra indicación, se tratará de un delito **doloso**. No obstante, existe una forma excepcional de culpabilidad, que recibe el nombre de **culpa**, en la que se fundamenta un menor reproche.[2] Nuestro Código se apartó significativamente de su modelo español. En efecto, en este último se contemplaba la punición de la forma culposa de cualquier delito, con lo cual se creaba un paralelismo general: en todo delito, junto a la forma dolosa, existía una forma culposa, sancionada con menor pena. Esto, en principio, porque la exigencia expresa o tácita de dolo en la descripción del hecho hacía que respecto de muchos delitos no fuera posible concebir una forma culposa de ejecución.[3]

---

[1] Sobre la estructura de la culpa en la dogmática finalista alemana, véase BUSTOS, JUAN, *Culpa y Finalidad,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967.

[2] La menor punibilidad de la culpa frente al dolo, aun para resultados iguales, es admitida expresamente por GARRIDO MONTT (*op. cit.,* p. 161) y por CURY (*op. cit.,* I, p. 275), aunque estos autores opinan que ni la culpa ni el dolo integran el juicio de reproche.

[3] En el Código de 1995, la ley española adopta el sistema de punibilidad sólo excepcional del delito culposo (imprudente) en virtud de texto legal expreso.

La doctrina se ha esforzado en ofrecer un concepto de **culpa** que a la vez satisfaga las exigencias legales, que presente alguna forma de idea unitaria con el dolo, y que moralmente justifique su represión penal. Tales esfuerzos muestran considerable talento, aunque a veces excesiva complicación. En todo caso, no puede decirse que una teoría sea la única aceptable, ni menos que haya logrado uniformar los criterios científicos.

La sanción penal por la conducta culposa se ha mostrado como una necesidad derivada de la extrema complejidad de la vida moderna, en que el progreso técnico en las actividades más corrientes crea grandes posibilidades de riesgo para bienes jurídicos de tanta importancia como la vida, la integridad corporal y la salud. CURY piensa que desde el punto de vista del daño efectivamente causado, el que proviene de actos imprudentes abunda mucho más que el debido a acciones dolosas.[1] Sin poner en duda estas afirmaciones, no puede menos que admitirse que la sanción **penal** de las conductas culposas es el remanente de una concepción objetivista de la responsabilidad penal, en que la función **causal** de la acción humana en la producción del resultado es más importante que la noción de **voluntad reprochable** que le dio origen. Tal concepción, que en otros siglos llevó incluso a la aceptación de la sanción penal por **caso fortuito**,[2] exigiendo sólo una vinculación causal, no es nueva, y se encuentra agazapada en escuelas como la positivista ("la sociedad debe defenderse, no sólo de los malos, sino de los imprudentes"), en que el interés por la seguridad de la sociedad lleva a imponer sanciones prescindiendo de la indispensable correspondencia ética entre acción y pena. La justificación de la sanción penal se busca, en el fondo, por razones de **escarmiento** y de **advertencia** para los imprudentes en potencia. No hay, a nuestro juicio, una plena justificación de la sanción **penal** del delito culposo, lo cual no quiere decir que deba postularse la falta de toda reacción frente al mismo; se justifican las consecuencias civiles de obligación de reparar y aun la imposición de alguna medida de seguridad. Autores como ANTOLISEI, defensor de la legitimidad de las sanciones penales para la culpa, opinan que ellas no serían necesarias si se demostrara que otra clase de sanciones es suficiente, pero que a su juicio la sola obligación de indemnizar es ilusoria, pues depende de la fortuna del agente.[3] En el fondo, se justifi-

[1] CURY, *op. cit.*, I, p. 275. Véase también GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 162.

[2] A través del principio del *versari in re illicita,* del que nos ocupamos más adelante.

[3] ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 270.

ca la existencia de estas sanciones por razones de **necesidad** o **conveniencia**, frente a las cuales el jurista liberal experimenta una instintiva reticencia.

Quizá una muestra de las dificultades que presenta esta materia la encontremos en que, a diferencia de lo que ocurre con el **dolo**, no son frecuentes en doctrina, ni aun en cuerpos legales, las definiciones de la culpa, dada la multiplicidad de factores a que hay que atender y las distintas clases de culpa, lo que hace gramaticalmente difícil llegar a una fórmula sintética. Es más frecuente encontrar definiciones indirectas o caracterizaciones por yuxtaposición de requisitos, expresadas a veces por fórmulas como "Obra con culpa quien..." o "Hay culpa cuando..." Sin pretender otorgarle un valor dogmático, ofrecemos la nuestra: **"Culpa es la voluntad de obrar, sin atender a las consecuencias típicas previsibles del acto o confiando en poder evitarlas"**.

La definición ofrecida intenta mantener el concepto de **culpa** dentro de su esencia psicológica. Pero tal como en el caso de las omisiones, dado que ella aparece integrada con una característica **negativa**, la relevancia jurídico-penal de la culpa no se obtiene sino a través de la adición de una característica **normativa**: en las circunstancias en que se realizó el acto debe haber existido la obligación específica de prever los posibles resultados del acto querido, y de conducirse de modo de evitarlos. Culpa vendría siendo (al menos la culpa inconsciente, de la que se habla más adelante) "no prever lo previsible, debiendo haberlo previsto". Es absolutamente imposible anticipar todas las consecuencias posibles de nuestros actos, aun las más remotas e indirectas, pero la ley tampoco nos exige tanto, pues el temor a tales consecuencias paralizaría todas nuestras actividades. La medida en que la ley nos exige reflexionar sobre las consecuencias de nuestros actos y conducirnos de modo adecuado para evitarlas, es lo que constituye el **deber de cuidado** que, según las circunstancias, pesa sobre toda persona en su vida de relación.

ELEMENTOS DE LA CULPA

Atendido lo expuesto, los elementos de la culpa serían los siguientes:

1. Previsibilidad de un resultado producido. Para ser exactos, lo que se requiere no es la previsibilidad de que un resultado se vaya a seguir con certeza de nuestra actividad, sino que sea previsible la **posibilidad** de que se produzca. Es importante señalar, sin embargo, que ese resultado no siempre será un efectivo **daño** para un bien jurídico determi-

nado; muchas veces en el delito culposo el resultado es **la creación o incremento de un riesgo**, o en otros términos, un **peligro**. Ello ocurre con frecuencia en aquellas actividades **reglamentadas** por cuerpos jurídicos (ordenanzas, regulaciones), como ocurre con casi todas las actividades lícitas en que hay un grado importante de riesgo. La inobservancia de las disposiciones reglamentarias es sancionada en tales casos por el peligro que crean efectivamente o que la ley declara que crean. La **previsibilidad** de un resultado posible debe ser determinada por la experiencia ordinaria y constante, y además, debe tenerse en consideración la situación particular del que ha obrado: sus conocimientos teóricos y también los de las circunstancias concretas en que se encuentra, y su propia experiencia.

2. Obligación de prever su posibilidad y de conducirse de modo de evitarla. Hay un doble aspecto en este **deber de cuidado**: uno intelectual, que es el de prever efectivamente la posibilidad dañosa, y uno volitivo, que es el de conducirse de modo de evitarla. La unión de estos dos aspectos es el deber de **diligencia**. ¿Cuál es la extensión de este deber? Existe un deber de prudencia general y autónomo: ser prudentes para evitar cualquier daño a otro. La infracción de este deber, seguida del daño o del peligro, constituye la culpa, que por lo general sólo engendra responsabilidad civil, no penal.[1]

Para no caer en el extremo ya señalado, de hacer obligatoria la previsión de todas las posibles consecuencias de nuestros actos, la ley se esfuerza por introducir criterios valorativos, que deberán ser juzgados en cada caso: imprudencia **temeraria**, negligencia **inexcusable**, etc.

En la determinación específica del deber de cuidado influirán también otras consideraciones: particularmente, la **importancia** del bien jurídico que está expuesto a peligro (mientras más importante es, más urge el deber de diligencia) y la mayor o menor **probabilidad** de acaecimiento, la que se refleja en la mayor o menor minuciosidad de la reglamentación legal.

En el desenvolvimiento de numerosas e importantes actividades de la vida diaria, la ley admite la inevitabilidad de permitir alguna proporción de riesgo, y para disminuir éste, o mantenerlo dentro de ciertos

[1] A juicio de NOVOA, no existiría un deber específico y general de diligencia, sino que éste se concretaría en cada caso: no habría un deber de "cuidarse de no matar a nadie", sino de "cuidarse de no causar la muerte de tal o cual persona" en las circunstancias especiales en que uno se encuentra. Esta diferencia de puntos de vista tiene consecuencias prácticas al considerar el tratamiento penal del cuasidelito con resultado múltiple, según se expone más adelante. NOVOA, *op. cit.*, I, p. 529.

límites, procede a especificar las normas de conducta que deben observar quienes emprenden tales actividades. El ejemplo más característico es el tránsito de los vehículos motorizados: los requisitos para poder conducir, el estado de los vehículos, la velocidad y derecho de vía, etc., son aspectos que están minuciosamente reglamentados por las ordenanzas respectivas. La doctrina piensa, en general, que el cumplimiento estricto de tales reglamentaciones es suficiente diligencia, y que no puede exigírsele más al conductor, pasajero o peatón. No obstante, en esta actividad, como en otras, la reglamentación legal requiere siempre una atención general a las circunstancias. Así, el Art. 114 de la Ley de Tránsito (N° 18.290) hace obligatoria la observancia de las medidas de seguridad que la misma ley establece, pero agrega que "los conductores están obligados a mantenerse atentos a las condiciones de tránsito del momento". El Art. 150 de la misma señala los límites permitidos de velocidad; no obstante el Art. 148 dispone que la velocidad debe ser la "razonable y prudente, bajo las condiciones existentes, debiendo considerar los riesgos y peligros presentes y los posibles" y añade que la velocidad debe ser tal "que permita controlar el vehículo, cuando sea necesario, para evitar accidentes". En suma, la reglamentación precisa dada en un cuerpo legal es un mínimo exigible, pero el máximo está siempre fijado por la obligación de evitar resultados dañosos en cada circunstancia. El agente en una actividad riesgosa **no debe crear un riesgo inexistente**, **ni aumentar el que la ley permite**. Con expresión certera y hasta elegante, CURY dice que "una vez que se inició la acción, la prudencia se expresa en una tensión de la voluntad, que procura conservar constantemente las riendas del curso causal".[1]

En algunas actividades más antiguas y tradicionales, como la medicina y las artes curativas en general, no son frecuentes las reglamentaciones legales escritas y minuciosas. Cobra especial relevancia en ellas la llamada **lex artis**, es decir, el conjunto de prácticas y precauciones que una larga experiencia de los que profesan tales artes ha mostrado como idóneas para alcanzar éxito y reducir en la medida de lo posible los riesgos de fracaso. A ella deberá atender muy especialmente el juez cuando se trate de juzgar una actividad de esta naturaleza.

En fin, es también útil la consideración de lo que la doctrina ha denominado **principio de confianza**. De acuerdo con él, quien observa una conducta prudente puede confiar en que los demás también la observarán. Se haría imposible conducir un automóvil pensando en que los demás conductores no van a respetar las reglas del tránsito. Pero tampoco

[1] CURY, *op. cit.*, I, p. 287.

esta confianza puede ser absoluta: es un hecho que **algunos** conductores no respetan las reglas. Por eso, es obligatorio disminuir la velocidad al llegar a un cruce, aunque se tenga derecho preferente a vía para atravesarlo. Muchas veces las circunstancias mismas indicarán que la probabilidad de que otros conductores cometan infracciones es más alta que lo común. La actitud correcta en tales casos es lo que se llama "conducir a la defensiva": con especial atención a las posibles infracciones ajenas.[1]

3. Imprevisión o rechazo del resultado posible. Es la característica que corresponde al "ánimo" en relación con el dolo, y tal como aquél permitía distinguir entre dos clases de dolo, el directo y el eventual, también en materia de culpa este elemento nos permite diferenciar entre dos clases de culpa: la llamada culpa **sin representación** y la culpa **con representación**. También suele llamarse a estas dos clases de culpa, **inconsciente** y **consciente**, respectivamente, terminología que no es incorrecta y goza de mucha difusión, pero que no nos parece tan afortunada, en la medida en que induce a pensar que a título de culpa podrían sancionarse acciones en que no ha intervenido la conciencia. En la culpa, el obrar es siempre consciente, sólo que de él puede estar ausente la representación de un resultado posible.

Según se explicó al tratar sobre el **ánimo** en el dolo, frente a la representación de un resultado como posible, el sujeto tiene siempre una posición anímica: si lo **busca** o si lo **acepta**, permaneciendo indiferente a la posibilidad de acaecimiento, se encuentra en **dolo**, directo en el primer caso y eventual en el segundo. En cambio, si frente a esa representación el sujeto **rechaza** el resultado posible, ya no está en dolo. Se encuentra en culpa, y específicamente, en la llamada **culpa con representación**. En concreto, la posibilidad del resultado no lo deja indiferente, y si tuviera la certeza de que el resultado fuera a producirse, desistiría de obrar. Pero no debe tratarse de un simple estado de ánimo afectivo, de desagrado o de congoja: para que pueda sostenerse que sólo hay culpa, es preciso que el agente se represente su actividad como **causalmente eficaz** para evitar el resultado, y que además obre efectivamente conforme a esta representación. En suma, confía en poder evitar el resultado, no en el puro azar, ni en factores que la experiencia revela como carentes de idoneidad para la evitación, como la magia de un amuleto o un horóscopo astrológico favorable. Esta última "confianza" es dolo.

En la otra forma de culpa, el sujeto ni siquiera ha reflexionado sobre las posibles consecuencias de su actuar, o si lo ha hecho, ha sido

[1] Véanse CURY, *op. cit.*, I, p. 287; GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 168.

de manera superficial o apresurada, de tal modo que, pese a la previsibilidad del posible resultado, en la práctica ni siquiera lo previó como tal. Esa es la **culpa sin representación**.

En la ley, el tratamiento punitivo de ambas especies de culpa es el mismo. No obstante, la doctrina debate cuál de las dos clases de culpa es más digna de sanción o reproche, probablemente con criterios de **lege ferenda** o de política criminal. A nuestro juicio, si se atiende primordialmente al daño que de hecho causan, los daños causados por culpa sin representación son mucho mayores que los que corresponden a la otra clase de culpa. Moralmente, por el contrario, parece más censurable la culpa con representación, pues en ella hay una actitud anímica frívola, que en cierto modo juega con las probabilidades, y una arrogancia injustificada en el propio poder de evitación.

Formas de culpa en la ley chilena. Tal como ocurre con el dolo, la voz **culpa** sólo es empleada por el Código Penal en el Art. 2°, para designar el elemento subjetivo propio de los "cuasidelitos". Se trasladó así, pero sólo en esa disposición, la contraposición propia del derecho civil entre **dolo** (intención positiva) y **culpa** (descuido o falta de diligencia) en materia de responsabilidad extracontractual, los que integran, respectivamente, los delitos y los cuasidelitos civiles. No obstante, el Código Penal no vuelve a emplear el término **culpa** para designar la falta de diligencia, sino que sigue a su modelo español, donde el término más generalmente empleado es el de **imprudencia**, y describe la falta de deber de diligencia con esa u otras denominaciones. Aunque el empleo de la voz "culpable" es muy frecuente en el Código, ella no se usa en sentido restringido para designar lo **culposo** como opuesto a **doloso**, sino de un modo general como equivalente a "responsable" de un delito. Sólo en el Art. 383 se emplea el término **culpa**, pero tampoco tiene allí el sentido de "falta de diligencia". Se trata del caso de quien, habiendo contraído matrimonio a sabiendas de que tiene un impedimento dirimente, no lo revalidare en el término designado por el tribunal, "por culpa suya". El término se empleaba también en el Código Español, y puede advertirse que no tiene ninguna significación técnica, ya que la "culpa" debido a la cual el matrimonio no se revalida puede ser tanto una decisión voluntaria del contrayente como falta de diligencia por su parte, esto es, puede tratarse técnicamente de una conducta dolosa o culposa.

El Código emplea diversos términos para denotar la **culpa**, algunos tomados del Código Español, otros por influencia de la legislación nacional anterior, pero todos ellos tienen la nota común de consistir en **falta de diligencia** o quebrantamiento del deber de cuidado, en la forma que se ha explicado este concepto más arriba.

Tales expresiones son:

a) **Imprudencia.** La imprudencia se caracteriza en general como el afrontamiento de un riesgo. Se da ordinariamente en las acciones, y por excepción, en las omisiones. No debe confundirse, empero, la culpa por afrontamiento de un riesgo con el dolo de peligro; en este último hay siempre conciencia de estar creando directamente un riesgo por la propia acción que se desarrolla; en la culpa por imprudencia lo que se viola es el deber general de diligencia y precaución. No siempre que se corre un riesgo, sin embargo, debe hablarse de imprudencia. Hay actividades lícitas que llevan un riesgo inherente: conducir aviones o automóviles, fabricar explosivos, ser acróbata, etc. Este riesgo es admitido por el Estado, generalmente sometido a ciertas reglas. Si éstas se observan, no habrá responsabilidad por imprudencia cuando el riesgo se verifique: ésta se refiere al riesgo creado o aumentado por la actitud del sujeto y no al inherente a la actividad misma. De ordinario, la imprudencia se da en casos de culpa consciente, pero no siempre. En general, se trata del desarrollo de una actividad excesiva; el sujeto, como dice SOLER, pudo haber evitado el resultado[1] desplegando **menos** actividad que la empleada. Nuestra ley alude a esta forma de culpa en varias disposiciones: Arts. 329, 333, 490 y 492, llamándola "imprudencia", "mera imprudencia", "imprudencia temeraria", etc.

b) **Negligencia.** Se traduce en una falta de actividad: se pudo haber evitado el resultado desplegando **más** actividad que la desarrollada.[2] La inactividad no ha creado el riesgo, pero la actividad pudo haberlo evitado. También nuestra ley conoce esta forma de culpa, a la que llama "negligencia", "descuido", "negligencia culpable" (lo que es algo redundante) o "negligencia inexcusable" (Arts. 224, 225, 228, 229, 234, 302, 329, 491, 492).

c) **Ignorancia o impericia.** Es una forma especial de culpa que se presenta en el ejercicio de ciertas actividades que requieren conocimientos o destrezas especiales: cirugía, manejo de máquinas peligrosas, etc. En el fondo se reduce a la imprudencia o negligencia: el médico de poca experiencia o habilidad que emprende una difícil operación, en la que el paciente muere, pese al cuidado puesto por el médico, resulta reprochable, no por no saber, sino por haber emprendido la operación a conciencia de su falta de habilidad, lo cual significa imprudencia. Tanto es así que si se intentó la operación, porque no era posible convocar a

[1] SOLER, *op. cit.*, II, p. 142.
[2] Ibídem.

un médico de más experiencia, y de otro modo la muerte del paciente era segura, no se le podrá reprochar culpa. Por otra parte, si se trata de un médico experimentado, pero que no pone la debida atención en lo que hace, resultaría un caso de negligencia. Nuestra ley no habla de "impericia", pero alude a ella por lo general como "ignorancia" de una función: Arts. 224, 225, 228, 329, 332. Sin embargo, no se menciona en el caso de los médicos que causen daños a las personas (Art. 491), donde sólo se habla de "negligencia culpable".

d) **Inobservancia de reglamentos.** A ella se refieren dos disposiciones del Código. En el Art. 492 se sancionan los cuasidelitos que se cometieren con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia. Según se explicará al tratar de esta figura, es necesario también que la infracción reglamentaria misma sea dolosa o culposa, y que entre ella y el resultado producido haya una relación de causalidad. No basta, por tanto, con la infracción reglamentaria: es necesario que además exista imprudencia o negligencia. En el Art. 329 se sancionan los accidentes ferroviarios que causen lesiones a las personas "por inobservancia de los reglamentos del camino que (el agente) deba conocer". El Art. 112 de la Ley de Ferrocarriles, que por el principio de especialidad se aplica de preferencia al 329 del Código Penal, contempla una conducta muy semejante: la del que "por... inobservancia de los reglamentos del ferrocarril causare involuntariamente accidentes que hubieren herido o dañado a alguna persona". Aquí la inobservancia de los reglamentos resulta una forma especial de culpa, pero supone que ellos sean conocidos y se violen (imprudencia) o sean desconocidos, debiendo conocerse (negligencia), y además, que entre dicha inobservancia y las lesiones exista una relación de causalidad **("por inobservancia").** Estas disposiciones tienen importancia entre nosotros, porque permiten deducir el rechazo del principio del **versari in re illicita.**

Se han formulado objeciones a la consideración de la "inobservancia de reglamentos" como una forma sustantiva de culpa, equiparable a la imprudencia y la negligencia, ya que la simple infracción podría ser incluso fortuita, y si ella bastara para la punibilidad del resultado se estaría admitiendo una responsabilidad objetiva, derivada del simple "estado contravencional" del agente (situación semejante a la del **versari in re illicita**). No obstante, es preciso admitir que nuestra ley se refiere a la inobservancia de reglamentos en el Art. 329 como una forma de culpa que en el texto se equipara alternativamente con la "ignorancia culpable", la "imprudencia" y el "descuido" (negligencia), esto es, las otras expresiones que ordinariamente designan a aquélla. Lo que ocurre, según se ha explicado en relación con la naturaleza y elementos de la culpa, es que cuando cierta actividad se encuentra legalmente **regla-**

mentada, el deber de cuidado, que es general y amplio, aparece en estos casos **precisado** a través de ciertas obligaciones de prudencia que especifican los reglamentos. Si tales reglamentos no son observados, ello significa que se ha faltado al deber de diligencia en la forma en que concretamente lo imponía la ley en esas circunstancias, lo que es de la esencia de la culpa. Si se exige, como lo hacemos aquí, que la violación reglamentaria misma sea dolosa o culposa, y que entre ella y el resultado haya una relación de causalidad, no hay peligro de caer en el **versari.**

Sanción de los delitos culposos. Nuestra ley ha sido un tanto reacia a referirse a la culpa en materia penal, prefiriendo en general dejarla entregada a la reglamentación civil. Hemos visto que la misma definición del cuasidelito fue aceptada en la revisión del proyecto de Código Penal, un tanto a regañadientes y por la insistencia de FABRES. La regla general entre nosotros es la impunidad del cuasidelito, como se desprende de los Arts. 4° y 10 N° 13. La punibilidad del mismo requiere texto expreso. Los casos de penalidad son señalados en el Código de dos maneras:

a) Por la tipificación especial de ciertas infracciones en las que se señala como elemento subjetivo la culpa en vez del dolo: Arts. 224 N° 1°, 225, 228, 234, 329, 333. Algunas son paralelas de la correspondiente forma dolosa; otras, son figuras específicas, que sólo existen en forma culposa.

b) Para los demás casos, el Título X del Libro II señala una reglamentación general bajo el rubro "De los cuasidelitos": los Arts. 490, 491 y 492 se refieren a la penalidad de ciertos hechos culposos, que de ser dolosos, serían crímenes o simples delitos contra las personas. La pena se gradúa por la gravedad de los resultados, y la intensidad de la culpa que se exige varía según los casos. Pese a lo general de los términos, sin embargo, las reglas de punibilidad cuasidelictual se aplican sólo a los delitos de homicidio simple y de lesiones propiamente tales. Los demás delitos contra las personas o son delitos formales o bien exigen por su naturaleza la concurrencia de dolo, excluyendo la posibilidad de la forma cuasidelictual.

De estas figuras nos ocuparemos en la Parte Especial. No obstante, haremos notar desde ya algunos aspectos importantes. Solía decirse entre nosotros, sin duda por influencia de la doctrina civilista, que en materia cuasidelictual, a diferencia de la contractual, la culpa no se "graduaba". No nos corresponde discutir la validez de esa afirmación en materia civil, pero no cabe duda de que en materia penal los diferentes delitos culposos exigen grados distintos de intensidad en la cul-

pa. No se emplea, por cierto, la terminología civil de "culpa grave", "leve" o "levísima", pero sí expresiones como "imprudencia temeraria", "mera imprudencia", "negligencia inexcusable", "negligencia culpable", "descuido", "mera negligencia", que claramente denotan grados de intensidad de la culpa. La apreciación de esa intensidad deberá hacerla el juez en cada caso, ya que es imposible dar criterios objetivos para situaciones que serán siempre diferentes.[1] A veces la ley va más allá e incluso restringe objetivamente la forma **de obrar** según la intensidad de la culpa. Así, en el Art. 490 se sancionan los delitos culposos contra las personas sólo cuando revisten forma **comisiva** ("ejecutare un hecho"); en cambio, el Art. 492 castiga tanto la forma comisiva como la **omisiva** ("ejecutare un hecho o incurriere en alguna omisión"), dado que al grado leve de culpa se ha agregado una infracción reglamentaria que debe ser a su vez dolosa o culposa.

Los términos empleados por la ley para caracterizar la culpa no son excluyentes: si se exige "imprudencia" es posible que también haya "negligencia" y viceversa. Ordinariamente ambas formas de culpa van mezcladas. Así, una acción imprudente tiene también un aspecto omisivo (se obró, pero se omitieron las precauciones) y una negligente, un aspecto comisivo (se omitieron ciertas acciones debidas, pero se realizaron otras sin aquéllas).

RESULTADO MÚLTIPLE. Se discute en doctrina lo que ocurre en el cuasidelito con resultado múltiple. Si un automovilista, por no disminuir la velocidad, embiste a un grupo de personas y causa la muerte de tres, ¿se tratará de **un** cuasidelito o de **tres?** A nuestro parecer, hay uno solo, porque ha existido una sola infracción del deber general de diligencia o cuidado. A distinta conclusión puede llegarse desde el punto de vista de NOVOA,[2] que no admite la existencia de ese deber general, sino que cree ver un deber de diligencia particular con respecto a cada bien jurídico (en el caso, la vida de cada una de las víctimas).[3] La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha

[1] Cf. CURY, *op. cit.*, I, p. 282.

[2] NOVOA, *op. cit.*, I, p. 529.

[3] GARRIDO MONTT coincide con nuestro punto de vista: *op. cit.*, p. 175. Tanto COUSIÑO (*op. cit.*, I, p. 840) como CURY (*op. cit.*, I, p. 297) enfatizan la preponderancia que debe atribuirse en los delitos culposos a la *acción* por sobre el *resultado*, el que sólo desempeñaría un papel "seleccionador" o "delimitador" de conductas ya estimadas desvaliosas por su falta de diligencia. CURY llega a pensar que el resultado en estas infracciones es sólo una condición objetiva de punibilidad, criterio extremo que no compartimos. Tampoco lo comparten GARRIDO MONTT (*op. cit.*, p. 70) ni COUSIÑO (loc. cit.).

inclinado por ver en estos casos un concurso ideal de delitos, esto es, un solo hecho que constituye dos o más delitos, y que, según se explicará, recibe una sanción menor que si se tratara de un concurso real, en el cual se suman las penas correspondientes a cada una de las infracciones. La solución puede estimarse satisfactoria desde el punto de vista práctico, pero no está exenta de reparos, en cuanto de todos modos afirma la relevancia del resultado múltiple hasta el punto de determinar su valoración jurídica como **varios** delitos culposos.

PARTICIPACION. También es debatida la posibilidad de que exista participación en el cuasidelito. La mayor parte de la doctrina se inclina por la negativa. SOLER opina que es posible.[1] Podría aceptarse esto último sólo en el caso de la culpa consciente, único caso en que puede haber convergencia de voluntades hacia el resultado (para rechazarlo, pero corriendo el riesgo). Como posible ejemplo, se cita el caso del pasajero del taxi que, en su afán de llegar a tiempo a su destino, ofrece un pago extraordinario al conductor para que no respete las reglas del tránsito, lo que éste acepta. Si a consecuencias de ello se atropella y da muerte a un transeúnte, habría en el delito culposo un instigador (el pasajero) y un ejecutor (el conductor).

COMPENSACIÓN DE CULPAS. Es sabido que en materia civil existe la llamada "compensación de culpas", esto es, que la indemnización debida por el agente culposo se reduce racionalmente cuando por parte de la víctima existió también imprudencia al exponerse al riesgo. Esta regla no se aplica en materia penal. Sobre el particular, no discrepa la doctrina. La responsabilidad penal es personalísima y por el hecho propio y, por consiguiente, la culpa de cada uno debe apreciarse y, si es el caso, penarse en forma separada. La penalidad se impone por razones sociales, no en atención a la conducta de la víctima.

EL PRINCIPIO "NO HAY PENA SIN CULPA" Y SUS EXCEPCIONES

Este principio significa, simplemente, que la culpabilidad es indispensable para que haya delito. Algunos autores, sin embargo, sostienen que

[1] SOLER, *op. cit.*, II, p. 145.

se trata sólo de un "principio meta",[1] pero que no es una realidad en el derecho positivo, donde hay todavía numerosos casos en que se impone pena sobre la base del resultado producido y de la imputación física (causalidad), sin valoración subjetiva del acto. Nos parece, con SOLER[2] y NUÑEZ,[3] que la culpabilidad es, en general, una característica del delito. Pero no puede desconocerse la subsistencia de algunas excepciones al principio. Las que suelen señalarse con más frecuencia son:

1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. Se denomina así a la situación que se produce cuando se sanciona a una persona por un hecho sin atender en absoluto a su posición subjetiva respecto de éste, y a veces, hasta prescindiendo de la imputación física (nexo causal). En la actualidad, no quedan disposiciones que establezcan responsabilidades propiamente objetivas en nuestra ley. El sistema del antiguo Decreto Ley 425 sobre Abusos de Publicidad ha sido reemplazado por la Ley 16.643, donde la responsabilidad penal que recae en el director de una publicación u órgano de difusión se fundamenta al menos en la presunción de una culpa **in vigilando** y puede ser excusada mediante la prueba de inculpabilidad en la publicación delictiva. El mismo sistema sigue el Art. 17 letra b) de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado. El inciso 2° del Art. 275 del Código de Justicia Militar, que establecía una responsabilidad penal "por vecindad", fue derogado por la Ley 17.266.

2. LA PRETERINTENCIONALIDAD.[4] Con este rubro genérico designamos aquellos casos en los cuales, si bien hay un elemento de culpabilidad, no existe coincidencia entre él y lo que ha resultado, que excede dicha culpabilidad, no obstante lo cual la ley sanciona al autor por lo efectivamente acaecido. Los casos más importantes son:

a) **Delitos preterintencionales.** Esta situación se produce cuando se realiza dolosamente un hecho delictivo, a consecuencia del cual resulta otro hecho delictivo, más grave, que no fue previsto por el agente, siendo previsible. En doctrina, se discute acerca de la naturaleza de estas infracciones, en las cuales algunos creen ver una forma especial de dolo; otros, sólo culpa; los terceros, una forma especial de culpabilidad, distinta del dolo y de la culpa, y un último grupo, una mezcla de

[1] MEZGER, *Tratado,* II, p. 21.

[2] SOLER, *op. cit.,* II, pp. 9 y ss.

[3] NUÑEZ, *Bosquejo,* p. XVII.

[4] En general, sobre este tema, es de gran interés la obra de ORTIZ QUIROGA, LUIS, *Teoría sobre las Hipótesis Preterintencionales,* Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1959.

dolo y culpa. En todos aquellos casos en que se sancione el resultado más grave con una pena superior a la que correspondería por el respectivo delito culposo, aparece violado el principio "no hay pena sin culpa", puesto que la pena sobrepasa a la culpabilidad.

Otras legislaciones reglamentan especialmente estas situaciones. La nuestra no lo hace. En el Código Español se consideraba circunstancia atenuante el "no haber tenido el delincuente intención de producir tanto mal como el que produjo", lo que induce a pensar que en el delito preterintencional se sanciona por el resultado producido, a título doloso, y la preterintención funciona sólo como atenuante. En nuestro Código no se aceptó esta atenuante, dándose como razones (sesión 8ª de la Comisión Redactora) la dificultad de entrar a determinar la verdadera intención del delincuente; que de todos modos a éste correspondería la prueba de su intención; que de todos modos debería distinguirse entre aquellos casos en que el resultado más grave es sólo una forma más avanzada y seria del mismo delito que se emprendió, de aquellos otros en los cuales el resultado producido es de naturaleza distinta del delito emprendido. Por último, por las dificultades prácticas que presentaría, se suprimió.

En la práctica los casos en que se presentan delitos preterintencionales son cuatro: 1) Hay dolo de lesiones y resulta la muerte; 2) Hay dolo de lesiones leves y resultan lesiones más graves; 3) Hay dolo de lesiones y resulta aborto; 4) Hay dolo de aborto y resulta la muerte de la mujer. De estas cuatro situaciones hay una sola reglamentada expresamente en nuestra ley: las violencias seguidas de aborto (Art. 343), en que el aborto no es querido, pero es previsible.[1] En los demás casos, somos de parecer que las soluciones que se inclinan por un castigo único, sea a título doloso o culposo, son insatisfactorias, por ser técnicamente incorrectas y prescindir siempre de un aspecto de la posición subjetiva del hechor. En verdad, en el delito preterintencional puede hacerse una doble valoración subjetiva: respecto del evento querido, hay dolo; respecto del producido, hay culpa, consciente o inconscien-

[1] DE RIVACOBA, *op. cit.*, p. 67, nota 88, cree ver una contradicción entre lo que aquí afirmamos y lo expuesto en el Tomo III, a propósito de las figuras privilegiadas de incendio. Allí admitimos que el Art. 479 del Código Penal puede comprender una situación de hecho preterintencional. No obstante, aquí no hemos afirmado que solamente exista una figura preterintencional en nuestro Código, sino que de los cuatro casos que enunciamos, sólo uno (el del Art. 343) está expresamente regulado, lo que es efectivo. En cuanto a los cuatro casos citados, según lo decimos expresamente, son los que en la *práctica* tienen importancia y suelen presentarse. No conocemos ningún caso fallado por los tribunales aplicando el Art. 479 del Código.

te. En consecuencia, debe sancionarse el delito preterintencional, como un concurso[1] entre un delito (el querido) y un cuasidelito (el producido), salvo en el caso de las violencias seguidas de aborto, que tiene su propia penalidad señalada en la ley. Así no se viola el principio "no hay pena sin culpa", ya que aquélla resulta siempre proporcionada a ésta. El mismo Art. 343 no viola el principio, al menos políticamente, ya que la pena que señala es inferior a la que correspondería según las reglas generales, suponiendo que fuera punible el cuasidelito de aborto. La principal objeción que se formula a esta posición, a saber, que es contradictorio admitir que concurran al mismo tiempo dolo y culpa, se resuelve fácilmente si se considera que ellos son incompatibles con respecto **a un mismo hecho**, pero aquí concurren con respecto a **hechos distintos**. NOVOA es también partidario de esta solución.[2]

b) **Delitos calificados por el resultado.** Se produce esta clase de delitos cuando el sujeto quiere realizar (dolosamente) una conducta delictiva determinada, y a consecuencia de ella resulta un evento distinto y más grave, que la ley carga en cuenta al hechor, aunque no lo haya previsto. De acuerdo con las reglas generales, este último evento no debe sancionarse. Pero si hay un texto legal expreso que haga excepción a la regla y castigue tal situación, no hay duda de que el principio "no hay pena sin culpa" sufre un quebrantamiento. Debe recordarse que, para poder hablar de delitos "calificados por el resultado" es preciso que el evento más grave no haya sido querido dolosamente, pues en tal caso, aunque haya sólo dolo eventual, se sanciona directamente por la figura dolosa que corresponda. Tampoco deben confundirse estos delitos con los delitos "agravados por el resultado", o en que la penalidad se gradúa ateniendo al resultado, como ocurre en las lesiones, daños, ciertas formas de incendio, etc., casos en los cuales el dolo, aunque sea eventual, cubre las hipótesis posibles que resulten.

La doctrina nacional se ha esforzado por demostrar que entre nosotros no existen verdaderos delitos calificados por el resultado.[3] Su argumento principal radica en que en aquellos casos en los que se ha creído ver ejemplos de esta clase de delitos, siempre el resultado era previsible, por la "potencialidad de causación" de la acción desarrollada, o sea, se trataría sólo de casos de preterintencionalidad. NOVOA es especialmente enérgico al sostener que hablar de "delitos calificados por el re-

[1] Véase Tercera Parte, Sección Tercera, cap. III.

[2] NOVOA, *op. cit.*, p. 557.

[3] URIBE, ARMANDO, *Los delitos calificados por el resultado,* Ed. Universitaria, Santiago; NOVOA, *op. cit.*, p. 557.

sultado" entre nosotros, es trasplantar indiscriminadamente conceptos propios de la doctrina y la ley alemanas, que son ajenas a nuestra tradición y principios jurídicos, y que incluso en su país de origen han perdido vigencia (desde 1953 la ley alemana exige a lo menos culpa con respecto al resultado más grave).

Estos esfuerzos no pueden ser más laudables, pero la realidad de la ley los desmiente. En primer término, no es exacto que nuestra tradición jurídica se haya atenido siempre al principio "no hay pena sin culpa". Por el contrario, la legislación histórica española está impregnada de objetivismo, al punto que un destacado jurista español ha afirmado[1] que es un principio cardinal en toda la teoría española de la culpabilidad el del **versari in re illicita**, del que más adelante nos ocupamos, y que es una desviación todavía más radical del principio de que "no hay pena sin culpa". Considérese, para no prolongar este análisis, que en el derecho penal español el "no haber tenido intención" de causar el evento más grave es solamente una atenuante, y se verá que el principio mencionado está lejos de ser la piedra angular e inamovible de la tradición jurídica española, que es también la nuestra. No es superfluo recordar que en el pensamiento de la Comisión Redactora se suprimió la atenuante en cuestión, no por estimarla lesiva al principio, sino al revés: por opinar que no valía la pena ocuparse en absoluto de la intención, y debía atenderse sólo al resultado efectivamente producido, siguiendo lo que FABRES creía ser una regla del derecho romano.

En seguida, la estructura de determinados delitos entre nosotros muestra que en verdad sólo se exige un enlace objetivo entre el evento querido y el resultante, para que este último se cargue en cuenta del hechor. Es verdad que en tales casos, por lo general, la pena es inferior a la que correspondería si se sancionara derechamente por el resultado como delito doloso, pero no es menos cierto que de todos modos significa una ruptura con el principio de que no hay pena sin culpa. El argumento de URIBE[2] y de NOVOA[3] en el sentido de que siempre habría al menos "culpa" con respecto al último evento, por la "potencialidad de causación" del acto emprendido, no es aceptable, y envuelve una verdadera petición de principio. En efecto, si hemos definido el delito calificado por el resultado como aquel en que de un delito querido **deriva causalmente** otro, no querido ni previsto, por definición hay que suponer que el evento primitivo tiene una "virtud de causación" con

[1] RODRIGUEZ MUÑOZ, citado por DEL ROSAL, *op. cit.*, II, p. 412.
[2] URIBE, vid. supra, p. 326, n. 3.
[3] NOVOA, loc. cit., p. 326, n. 3.

respecto al otro, ya que lo produce. Pero eso no basta para afirmar la relación de culpa, ya que ésta no se integra por la sola causalidad (previsibilidad **objetiva**), sino por la previsibilidad **subjetiva**, concreta, del agente en las circunstancias en que obró. De otro modo, siempre que hubiera causalidad habría que afirmar que hay también culpa, conclusión que no creemos que los autores mencionados suscriban, especialmente si profesan la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Concretamente, estimamos que hay indudables casos de delitos calificados por el resultado en nuestra ley. Mencionaremos los Arts. 141 (secuestro del que resulta grave daño); 150 (aplicación indebida de tormentos, de la que resulta muerte o lesiones); 142 N° 1 (sustracción de menores durante la cual se cometen actos deshonestos con el menor); 474 (incendio que provoca explosiones que causan la muerte de una persona). En estos casos, a veces el evento más grave habrá sido previsible, pero otras veces no ocurrirá así, y sin embargo la penalidad es siempre la misma: la ley se desentiende del factor subjetivo. El sistema es francamente rechazable y anacrónico, pero mientras no se modifique la ley hay que admitir que todavía se aplica en esos casos de excepción.[1]

c) **El versari in re illicita.** Este aforismo se formula en latín **qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu**: el que se ocupa en cosa ilícita responde del caso fortuito. Este principio fue desarrollado especialmente por los canonistas en relación con las irregularidades eclesiásticas, y representa una ruptura todavía más radical que la calificación por el resultado, con el principio de que no hay pena sin culpa. Formulado escuetamente, significa que la persona que se ocupa en algo ilícito (aunque no sea la comisión misma de un delito) responde por las consecuencias derivadas de dicha ocupación, aun si no son siquiera previsibles (un verdadero caso fortuito). Los canonistas[2] fundamentaban la justificación de este sistema en el reproche: "si hubieras cumplido con tu deber, este resultado no habría ocurrido". Especialmente a través de COVARRUBIAS (que se inspira en SANTO TOMAS DE AQUINO), se trató de buscar una vinculación subjetiva entre la actividad ilícita y el resultado, acudiendo a la teoría de la **voluntad de peligro** o **dolus indirectus**. Por otras vías también se procuró demostrar que en verdad el resultado no podía llamarse absolutamente fortuito, y que siempre

[1] Se manifiestan de acuerdo con nuestra interpretación CURY, *op. cit.*, p. 132; DE RIVACOBA, *op. cit.*, p. 92.

[2] Véase sobre el tema PEREDA, S. J., JULIAN, *El versari in re illicita,* Ed. Reus, Madrid, 1948; BUNSTER, MARCELA, *El versari in re illicita,* Ed. Universitaria, Santiago; HUERTA FERRER, *op. cit.*, pp. 221 y ss.

existiría un factor de previsibilidad. De lo contrario, el rigor del principio podría llevar a extremos absurdos: si alguien se pasea en un automóvil robado, con toda prudencia y observancia de los reglamentos, y atropella a un peatón, debería responder por la muerte de éste.

La mayor parte de los autores españoles (PACHECO, RODRIGUEZ MUÑOZ, HUERTA FERRER) estima que el principio del **versari** tiene validez, en una u otra forma, en el derecho español.[1] En la legislación chilena, sin embargo, solamente subsiste uno de los preceptos que ellos citan para fundamentar su tesis. Se trata del Art. 10 N° 8°, que comúnmente se considera como la formulación, entre nosotros, de la exención de responsabilidad por caso fortuito (inculpabilidad). Se declara allí exento de responsabilidad criminal "al que, con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente". Agrega el Art. 71 que "cuando no concurran todos los requisitos que se exigen el caso del N° 8° del Art. 10 para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el Art. 490", esto es si ha resultado daño para las personas, se sancionará a título de cuasidelito. De ello han deducido los autores que los requisitos para que se pueda invocar el caso fortuito como eximente son tres: 1) Ocuparse en un acto lícito; 2) Hacerlo con la debida diligencia, y 3) Causar un mal por mero accidente. Y que, faltando cualquiera de estos requisitos, debe sancionarse como cuasidelito. O sea, si el hechor se ocupaba en algo ilícito, aunque lo hiciera con diligencia para evitar daños, si éstos se produjeron, debería sancionársele como autor de cuasidelito. Tal es el pensamiento de DEL RIO y de LABATUT.[2] Este último va más lejos, y cree que si lo que falta es el primer requisito, no se aplica la regla del Art. 71, sino que se castiga derechamente como **delito** (aceptación plena y total del **versari**). NOVOA, en cambio, opina que sólo cabe imponer la penalidad del Art. 490 cuando haya existido verdaderamente imprudencia temeraria y daño para las personas, ya que el Art. 71 ordena aplicar lo dispuesto en aquél, y precisamente allí la punibilidad aparece condicionada a la existencia real de imprudencia temeraria.[3] En eso concuerda con PACHECO,[4] quien estima que sólo cabe penar como cuasidelito cuando lo que falta es la **debida diligencia**, lo que naturalmente supone que haya imprudencia. Nos parece que ésa es la buena doctrina. El argumento de NOVOA es fuerte, y además debe considerarse que si falta el tercer requisito,

[1] Sus conclusiones son anteriores al Código de 1995.
[2] LABATUT, *op. cit.*, I, p. 172.
[3] NOVOA, *op. cit.*, p. 551.
[4] PACHECO, *op. cit.*, I, p. 402.

v. gr., pues el mal no se causa por "mero accidente", sino por **dolo**, claro está que no se pena según el Art. 490, sino directamente por la figura de delito que corresponda. Luego, no debe inducir a error la generalidad de los términos empleados en el Art. 71, que en el fondo es redundante y no agrega nada nuevo a lo que ya señala el Art. 490.

En suma, y sobre la preterintencionalidad en general debemos concluir: 1) Los delitos preterintencionales se sancionan entre nosotros de acuerdo con el grado de culpabilidad presente en ellos, y no son una excepción al principio "no hay pena sin culpa"; 2) Existen ciertos delitos calificados por el resultado, que requieren de texto expreso, y que hacen excepción al principio citado, y 3) La regla del **versari in re illicita** no tiene aplicación entre nosotros.

3. La peligrosidad sin delito. Más que una excepción al principio que estudiamos, esta institución es una negación del mismo en forma general. Se substituye la culpabilidad por la peligrosidad como fundamento de la responsabilidad penal. No se exige siquiera que la culpabilidad se vincule a un acto externo y determinado, ni que la peligrosidad se haya exteriorizado en hechos delictivos concretos. Entre nosotros, esta concepción encontró acogida en la Ley 11.625, sobre Estados Antisociales y Medidas de Seguridad, hoy derogada. Véase Cuarta Parte, Cap. V.

CAUSALES DE INCULPABILIDAD

Aparte de las causales de inimputabilidad, ya estudiadas, el juicio de reproche resulta eliminado por la ausencia de alguno de los factores que lo fundamentan: el **conocimiento** y la **libertad**. No consideramos separadamente la **ausencia de ánimo**, ya que si bien ella hace desaparecer el juicio de reproche, supone previamente la ausencia de **representación** o **conocimiento**. Si hay representación, tiene que haber un ánimo: deseo, rechazo o indiferencia. La falta de ánimo se debe siempre a que previamente falta el conocimiento. A la falta de **conocimiento** se refiere el **error**; a la falta de **libertad**, diversos casos que se agrupan como **no exigibilidad**.

Algunos autores, sobre todo argentinos, consideran especialmente la **coacción**, junto con el error, como causal excluyente de la culpabilidad.[1] Lo hacen, sin embargo, sobre la base de un texto legal que esta-

[1] SOLER, *op. cit.*, II, p. 76; FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1970, II, pp. 331 y ss.; NUÑEZ, *op. cit.*, II, p. 122.

blece exención de pena para quien obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente. Sobre esta base, SOLER y FONTAN BALESTRA estiman que la "fuerza física irresistible" se refiere a la **vis absoluta**, y las amenazas, a la **vis compulsiva**. Aquélla eliminaría la acción, y éstas, la culpabilidad (al suprimir la libertad del acto); como **coacción**, sería la única forma admisible de la no exigibilidad, por reconocimiento expreso de la ley. NUÑEZ cree, en cambio, que la fuerza física irresistible puede revestir la forma de **vis absoluta** o de **vis compulsiva**.

Entre nosotros no existe un texto semejante, por lo cual opinamos que la llamada **coacción** en su forma concreta de amenazas o intimidación queda incluida en alguna de las formas de no exigibilidad que a continuación desarrollamos (fuerza irresistible, miedo insuperable, etc.). A ello se añade, en nuestra ley, la circunstancia de que la "fuerza irresistible" no aparece restringida por texto legal a la "física".

Si se piensa, como NOVOA, que la fuerza irresistible es sólo la física, y más precisamente, la constitutiva de **vis absoluta**, la coacción sólo podría tener valor exculpante entre nosotros de un modo puramente negativo, al estimarse que faltaría el requisito de "libertad" integrante de la "voluntariedad" exigida en todo delito por el Art. 1° del Código Penal.

1. El error. Esta materia es aquélla en que nuestro Código Penal presenta probablemente el más grave de sus vacíos. No existe una reglamentación específica sobre el error que lo defina o caracterice, ni que señale sus efectos en relación con la responsabilidad penal. Su articulación dentro de nuestra ley positiva debe obtenerse, por consiguiente, de diversas fuentes interpretativas:

a) Primeramente, del alcance que se acuerde a la voz "voluntaria" en la definición misma de delito en el Art. 1°.

b) De lo dispuesto en el inciso final del mismo artículo para el caso de divergencia entre resultado y propósito del agente;

c) De las expresiones que aluden a conocimientos específicos o a ignorancias, excusables o no, dentro de la estructuración de determinados tipos de la Parte Especial;

d) De los razonamientos de la doctrina nacional y extranjera, cuidando, en este último caso, de determinar la extensión en que sean aplicables a los textos legales nacionales;

e) De las consecuencias que se siguen de la ausencia de los elementos cognoscitivos que se exigen positivamente para que surja la responsabilidad penal.

Es conveniente comenzar por algunas precisiones terminológicas. **Error** propiamente tal es la disconformidad entre una representación

mental y la realidad externa pasada o presente. Sobre los hechos futuros, aunque ellos sean representados como consecuencias de nuestros actos, no puede hablarse de error en el momento de nuestra actuación; sólo al acaecer el resultado podrá decirse que nuestra previsión resultó acertada o equivocada. La realidad exterior no comprende sólo los hechos materiales; así, se puede errar, por ejemplo, acerca de la actitud anímica o afectiva de otra persona, y creer erróneamente que ella consiente en nuestra actuación, o incluso sobre la existencia, interpretación y alcance de las disposiciones legales. La **ignorancia** es la carencia de representación acerca de un hecho externo que en realidad existe. Estrictamente hablando, hay una diferencia con el error, ya que en éste hay una cierta representación o convencimiento de que las cosas son de determinada manera, en tanto que en aquélla no hay representación alguna. Pero en cuanto a su relevancia jurídica ambas son equivalentes, puesto que el que padece la ignorancia tiene también una falsa representación de la realidad por ausencia de un conocimiento específico: se representa la realidad sin una nota que en realidad le pertenece, lo cual es asimismo una representación errónea. El **olvido** es también psicológicamente diverso, pues la realidad fue en algún momento conocida por el agente. Pero la circunstancia de que la haya olvidado hace que al momento de actuar, la psiquis del agente carezca nuevamente de representación de la realidad (ignorancia) o se haya formado otra representación distinta y falsa (error). Las consecuencias, por lo tanto, son las mismas, y es correcto afirmar que para los efectos penales los alcances del error, la ignorancia y el olvido son los mismos. Diferente es el caso de la **duda**. Es ésta un estado de conciencia intelectual en que el sujeto no tiene por firmemente cierta la realidad de una situación dada, pues hay circunstancias en conflicto que tienden a inclinarlo por una u otra posibilidad. Si ulteriormente la duda se disipa y el sujeto actúa ya en estado de convencimiento, en uno u otro sentido, obrará en definitiva en estado de certidumbre verdadera o errónea. Pero si procede a pesar de que la duda persiste, no puede sostenerse que haya obrado en error. En los delitos formales significa que el agente, al obrar, corre el riesgo, y si la realidad resulta ser la que otorgaba carácter delictivo al hecho, el agente no podrá invocar el error; ordinariamente se encontrará en dolo eventual, ya que la posibilidad de que su acción fuera típica, que él se representó, no lo disuadió de obrar.

La doctrina, con diversas denominaciones, se refiere a distintas clases de error, que pasamos a explicar, con la advertencia de que nuestra ley no emplea expresamente ninguna de ellas, aunque implícitamente haya tomado en cuenta los conceptos que tales nomenclaturas designan.

a) Error de **hecho** y error de **derecho**. Es la distinción más antigua. Como los términos lo indican, el primero recae sobre las realidades fácticas: los elementos que constituyen el tipo legal (incluyendo la potencialidad causal de la acción propia y la posibilidad de acaecimiento del resultado) o las circunstancias que para la ley constituyen una causal de justificación. El segundo, en cambio, recae sobre la existencia e interpretación de las normas jurídicas aplicables al acto. La principal consecuencia de esta distinción es la tendencia (muchas veces impuesta por textos legales expresos) de negar toda relevancia al error de derecho, sobre la base de la ficción de conocimiento universal de la ley, salvo que por texto especial y explícito la ley le acordara cierta relevancia en algún caso.

b) Error de **tipo** y error de **prohibición**. Es la terminología dominante hoy en la doctrina, particularmente por la influencia de la sistematización finalista, que disocia los elementos intelectuales del delito en los que pertenecen a la acción típica (dolo) y los que se adscriben al juicio de reproche (conciencia de la antijuridicidad). El primero recaería sobre la concurrencia de las circunstancias de hecho constitutivas del tipo (incluyendo la posibilidad de verificación del resultado y de la virtualidad causal del propio acto); el segundo, sobre la antijuridicidad de la acción realizada (por ignorancia o imperfecto conocimiento de la ley o por error sobre la concurrencia de causales de justificación legales). Si bien al concurrir en plenitud ambas clases de error redundan en la impunibilidad del acto, los sustentadores de esta sistematización suelen acordar efectos distintos a los casos en que el error (de una u otra clase) pudo ser vencido o evitado si el agente hubiera obrado con diligencia. En nuestro concepto, aunque la expresión "error de prohibición" ha hecho fortuna y es de empleo generalizado, sería más exacto hablar de **error de licitud**, ya que no siempre que se obra antijurídicamente se viola una "prohibición"; mucha veces se incumple un "mandato". En cambio la "ilicitud" es un término que cubre tanto las acciones como las omisiones contrarias a derecho.

c) Error **esencial** y error **accidental.** Clasificación frecuente en la doctrina italiana y en la argentina. Error **esencial** sería, en general, el que determina en el agente el convencimiento de estar realizando un acto que no es delictivo bajo ningún respecto. Puede ser de hecho o de derecho; de tipo o de prohibición. Esta situación se dará, tratándose de un error de tipo, cuando éste recae sobre uno de los elementos constitutivos del **tipo** legal (el **Tatbestand** del código alemán y de la doctrina de BELING), y en materia de error de prohibición, cuando recaiga sobre la totalidad de las circunstancias que constituyen una causal de justificación para la ley. Error **accidental**, en cambio, es el que recae sobre

circunstancias que integran una **figura** delictiva en particular, o bien sobre la concurrencia de alguna de las circunstancias constitutivas de una causal de justificación, o sobre la existencia de algún requisito. La primera clase de error suprime totalmente la punibilidad del hecho; en el error **accidental**, en cambio, subsiste en el agente la conciencia de una determinada forma menor de criminalidad del acto, y es susceptible de sanción por la figura menos grave que cree haber realizado, o su pena resulta atenuada por la conciencia de una justificación incompleta.

d) Error **inevitable** y error **evitable**. También se les llama error **invencible** y error **vencible**. El primero es el que no pudo ser evitado por el agente aun empleando toda la diligencia que le era exigible, o no habría podido serlo incluso si la hubiera empleado. El segundo es el que pudo haberse evitado empleando la diligencia que era posible exigir. La doctrina concuerda en que sólo el primero exime totalmente de responsabilidad penal; pero del segundo, en cambio, se admite que elimina el dolo, mas no la culpa, y que por lo tanto subsiste responsabilidad a título de delito culposo, en aquellos casos en que la ley prevea una sanción para la forma imprudente o negligente de realización típica. En la sistemática WELZELiana, cuando el error **evitable** ha recaído sobre la antijuridicidad (licitud), su efecto no sería hacer derivar la responsabilidad hacia una eventual forma culposa, sino sólo el reconocimiento de una atenuación de pena.

Finalmente, es también posible que el error se produzca no en relación con la representación de los hechos y el derecho al tomarse la determinación de actuar, sino también en relación con la forma en que las cosas se desarrollarán en la ejecución misma del delito. A diferencia de los errores anteriores, que recaían sobre una situación ya existente, esta clase de error es un error de cálculo, de previsión o de "profecía" sobre lo que va a ocurrir. Son el error sobre el **curso causal**; el extravío en el golpe, o **aberratio ictus**, y el error **sobre la persona** (estrictamente, este último es un error sobre la situación preexistente, pero nuestra ley lo asimila al caso anterior en cuanto a sus consecuencias jurídicas).

Efecto exculpante del error. La razón última por la cual en los casos de error la ley exime de responsabilidad penal, radica en que lo que el derecho pide a los ciudadanos es que se comporten conforme a sus preceptos, y para que pueda reprocharles una actitud diferente, el primer requisito es que estos preceptos sean conocidos, ya sea en sus disposiciones generales, ya sea en la dimensión que adquieren en la circunstancia concreta en que el sujeto se encuentra. Admitido este principio, pierden gran parte de su importancia las distinciones entre error de hecho y de derecho, de tipo y de prohibición. Una persona puede

tener en su casa una metralleta, sin permiso de la autoridad, hecho que es considerado delictivo por la Ley de Control de Armas. Al respecto, dicha persona puede pensar, erróneamente: 1) Que su hecho no es típico, porque en verdad no es una metralleta, sino una hábil imitación de plástico, producto de una fábrica de juguetes; 2) Que es una metralleta, pero que no la "tiene", porque no la lleva consigo y no es de su propiedad, sino que la guarda para un amigo que le pidió este favor; 3) Que es una metralleta, y la tiene, en el sentido legal, pero que está autorizado para tenerla, porque es un funcionario en retiro de Investigaciones de Chile (la ley permite que los miembros en servicio activo de dicha institución puedan tener tales armas en conformidad a los reglamentos de la misma); 4) Que en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa personal puede tener esa arma, mientras no haga uso de ella sino estrictamente en caso de agresión que ponga su vida en peligro. En el primer caso, su error es de tipo y de hecho; en los casos tercero y cuarto, su error es de derecho y de prohibición; en el segundo caso es un error sobre el sentido y alcance de la ley que determina un error sobre un hecho del tipo. ¿Qué diferencia hay, para el derecho, entre todas estas situaciones? Ninguna, ya que todas van a parar a lo mismo: el sujeto **no tiene conciencia de que su acto es contrario a derecho**. Por eso ha podido sostenerse por algún autor que en el fondo todos los errores en materia penal vienen a ser de derecho, puesto que el llamado error de hecho sobre una circunstancia del tipo deriva inmediatamente en que el agente, al creer realizar un acto no típico, tenga a la vez la conciencia de estar realizando un acto lícito. Los actos penalmente ilícitos son necesariamente típicos: injusto tipificado, ilicitud típica. Luego, al creer que se realiza un acto no típico, se tiene necesariamente la conciencia de la licitud de lo que se hace.

El error excluyente del dolo. Al explicar el dolo, señalamos que él exigía un elemento intelectual o cognoscitivo, que debía recaer sobre las circunstancias **de hecho** constitutivas del tipo y sobre la **licitud de la conducta**.

El error que excluye el dolo, por lo tanto, puede recaer:

1. Sobre las circunstancias de hecho que constituyen el **tipo.** Esto sucede cuando el agente ignora la naturaleza de su propia acción, o las circunstancias objetivas, ajenas a la acción misma, que integran el tipo, o el resultado que se va a producir, o la aptitud causal de su acto para producir el resultado típico; o bien cuando tiene una representación equivocada acerca de alguna de estas circunstancias. Este error puede recaer incluso sobre los elementos normativos del tipo: la ajenidad de la cosa, en el hurto; la calidad de documento público de aquel que se falsifica. El error **in objecto** recae sobre el objeto material del delito;

cuando ese objeto es una persona, se habla del **error in persona.** La ley da una regla especial para este caso, pero de la que puede deducirse una regla general, según se verá. En fin, el error acerca de la aptitud causal del acto para acarrear el resultado tiene también aspectos propios.

Lo más importante que debe retenerse aquí es que para la eliminación del dolo es preciso que el error recaiga sobre algún elemento constitutivo del **tipo (Tatbestand)**, no así sobre un elemento de la **figura delictiva (Deliktstypus)**. Según lo dicho más arriba, en el primer caso el error produce la conciencia de que el acto no es en modo alguno sancionable penalmente; en el segundo caso, la circunstancia ignorada sólo determina el **título** por el cual el hecho sería punible, pero no hay error acerca de que el acto es de todas maneras **típico**. Dentro de las clasificaciones del error que hemos expuesto más arriba, puede decirse que el error sobre un elemento del tipo mismo es un error **esencial**; el error sobre una circunstancia propia de una figura específica, pero no sobre la estructura típica básica, sería un error **accidental**. Quien de propósito da muerte a otra persona, pero ignora que esa persona es su padre, actúa con dolo, porque tiene conciencia de los elementos del tipo de homicidio. No tiene, en cambio, el dolo propio de la figura de parricidio. El tratamiento correcto de este caso es el de sancionarlo a título de homicidio simple doloso; no de parricidio doloso.

La regla en nuestra ley es que **las circunstancias ignoradas por el agente no pueden ser tomadas en cuenta para su punibilidad**. Si tales circunstancias eran las esenciales del tipo, no recibirá castigo alguno; si sólo eran circunstancias que determinaban un castigo mayor y por otro título jurídico, la pena que se aplicará será la correspondiente a la figura que el agente tuvo conciencia de realizar, y la penalidad, la correspondiente a la figura de menor entidad que el agente creyó ejecutar. Eso está claro en la regla dada en el Art. 1°, inciso final: al existir una discrepancia entre lo que se **creyó** hacer y lo que efectivamente se **hizo**, la pena se aplica conforme a lo primero, por no haber **conocido** el agente una parte de lo que efectivamente realizaba. El Art. 64 inciso 2° dispone que en el caso de concurrencia de varias personas en la comisión de un delito, las circunstancias materiales que lo tornan más grave no afectan a quienes no tuvieron conocimiento de ellas. En suma, las circunstancias que no fueron conocidas, no se cargan en cuenta del agente.

2. Sobre las circunstancias que determinan la **licitud** de la conducta (error de prohibición o licitud). Como hemos señalado, el error sobre la tipicidad de la propia conducta en términos esenciales, determina por sí sola la conciencia de la licitud de la conducta: si se está convencido

de que el acto no es típico, no se puede pensar al mismo tiempo que sea ilícito, ya que en materia penal no hay ilicitudes atípicas. Pero además, cuando no hay error de tipo, todavía puede padecerse de error sobre la ilicitud. Este error puede ser de dos clases:

a) Error **sobre la ley**: Su existencia, su texto, su significación, su alcance, su aplicabilidad al caso específico de que se trate. Los antecedentes históricos de nuestro Código hacen patente que en opinión de los redactores, la disposición del Art. 8° del C. Civil, en el sentido de que nadie puede alegar ignorancia de la ley una vez que ésta ha sido promulgada, era también valedera en materia penal. No obstante, diversas disposiciones del propio Código dieron relevancia al error sobre la ley: los Arts. 224 y 225 sancionan a los jueces que por negligencia o ignorancia **inexcusables** dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal o civil, o contravinieren las leyes en términos de producir nulidad procesal. Tales disposiciones indican que a pesar de la prohibición de alegar ignorancia de la ley, se admite que puede invocarse un grado de ignorancia de la misma que sea **excusable**, y ello, por parte de los profesionales de la ley y llamados a aplicarla, en quienes menos puede suponerse dicha ignorancia. Por otra parte, el Art. 207 del Código de Justicia Militar establece que puede eximirse de responsabilidad penal al inculpado, cuando se trate de delitos con pena militar, si cuenta con menos de sesenta días de servicios, y si la ignorancia de los deberes militares fuere excusable, atendido su nivel de instrucción y demás circunstancias; en todo caso, el hecho de tener menos de sesenta días de antigüedad en el servicio será siempre circunstancia atenuante. Los Arts. 107 y 110 del Código Tributario disponen que las penas por delitos de esa especie se impondrán tomando en cuenta el "grado de cultura del infractor" y "el conocimiento que tuviere o pudiere haber tenido de la obligación legal infringida", y aún más, que "el infractor de escasos recursos pecuniarios, que por su insuficiente ilustración o por alguna otra causa justificada haga presumir que ha tenido un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas" podrá gozar de la atenuante del Art. 11 N° 1° del Código Penal en relación con la eximente del Art. 10 N° 12 del mismo (omisión por causa insuperable), e incluso puede verse favorecido por esa misma circunstancia en calidad de eximente total.

Por otra parte, no puede desconocerse que en el seno de la Comisión Redactora del Código se tuvo por cierto que el principio del Art. 8° del C. Civil era también aplicable en materia penal, e incluso se rechazó la proposición de establecer una excepción expresa en materia de faltas y con relación a los extranjeros recién llegados al país. Parte de la doctrina nacional sostenía que el llamado "error de derecho" produ-

cía entre nosotros efecto eximente de responsabilidad. Tradicionalmente, sin embargo, prevalecía la idea de que no era admisible. La situación ha cambiado desde la vigencia de la Constitución de 1980, de conformidad con la cual (Art. 19 N° 3°) "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal". Este texto debe ser interpretado en el sentido de que no puede presumirse de derecho ninguno de los elementos que conducen a afirmar la responsabilidad penal. Uno de ellos es la conciencia de la ilicitud del acto (sea que se la considere como parte del dolo o sólo del juicio de reproche), la cual en numerosos casos dependerá del conocimiento más o menos perfecto que el agente tenga de la ley aplicable a su conducta. Luego, este conocimiento no podrá presumirse de derecho. A ello debe agregarse que el texto expreso del Art. 1° del Código establece que la presunción de concurrencia de "voluntariedad" es una presunción simplemente legal, esto es, que puede llegar a establecerse lo contrario. Ya se ha señalado precedentemente que, aunque profesando sistematizaciones diversas, los autores nacionales concuerdan en que la "voluntariedad" incluye la conciencia de la ilicitud (sea exclusivamente, sea porque forma parte del dolo). Por lo tanto, la presunción de dicho conocimiento es simplemente legal.[1]

b) Error **sobre una causal de justificación**. La creencia en la licitud de la conducta realizada puede provenir del pensamiento erróneo de que ella, siendo típica, está cubierta por una causal de justificación. Esto puede ocurrir por diversos motivos. En primer término, es posible que el agente conozca bien la causal de justificación que cree concurrente: sabe que tiene derecho a defenderse de una agresión ilegítima. Pero equivocadamente piensa que está siendo víctima de una agresión, cuando en realidad se han creado las apariencias sólo para jugarle una broma; se apodera de una cosa ajena sabiendo que el consentimiento del interesado justifica su acción y creyendo contar con él, cuando en realidad ha sido engañado a este respecto por un tercero. La ley se conoce correctamente; los hechos se aprecian de modo erróneo. Una segunda situación puede presentarse cuando se cree en la existencia de una causal de justificación que en realidad no existe en la ley: piensa un enfermero que a los que ejercen profesiones paramédicas les está permitido por la ley guardar estupefacientes en su domicilio particular:

[1] Aun estimando injusta esta situación, hasta la edición anterior de esta obra considerábamos que el Art. 8° del C. Civil impedía admitir el efecto exculpante del error acerca de la ley. Propugnábamos una reforma que transformara la presunción en simplemente legal. La citada disposición de la Constitución de 1980 vino a surtir este efecto.

hay conciencia clara de los hechos, pero conocimiento errado de la ley. En fin, otra situación puede ocurrir cuando una persona injuria a otra y luego se defiende del ataque de esta última: cree defenderse legítimamente, porque aunque sabe que para ello es preciso que no haya provocado el ataque, piensa que "provocación" es sólo un desafío o incitación a pelear, y que los simples insultos no son "provocación" para la ley. Aquí no hay error sobre los hechos; tampoco hay error sobre lo que la ley dispone: hay un error sobre la interpretación o alcance de la ley y su aplicación al caso específico de que se trata. Pero a pesar de la diferente naturaleza de los errores, la consecuencia es la misma: el agente cree que su conducta está justificada y, por lo tanto, no tiene conciencia de su ilicitud.

Para que el error excluya el dolo, basta con que sea **esencial**. Si es accidental, subsistirá responsabilidad **dolosa** respecto de aquello de que el agente tuvo conciencia. Cuando el error recae sobre la **licitud** de la conducta, elimina el dolo aquel cuyo efecto es hacer creer en la **completa licitud** de la conducta. Si se cree estar realizando un delito de menor entidad que el efectivamente realizado, subsiste responsabilidad dolosa respecto del primero.

El error excluyente de la culpa. La cuestión que aquí se plantea se vincula con la clasificación del error en **invencible** o **insuperable** y **vencible** o **superable**, nociones que se han dado precedentemente. Si el error es invencible, se admite, elimina tanto el dolo como la culpa. Si en cambio el error se debió a negligencia, y habría podido ser superado empleando la debida diligencia, resultaría eliminado el dolo, pero no la culpa, que consiste precisamente en esa falta de diligencia y, por lo tanto, el hecho debería ser sancionado a título de delito culposo, en el entendido, naturalmente, de que la ley prevea sanción para la respectiva forma culposa. El que ignoró que el arma estaba cargada, pero pudo haberlo verificado fácilmente examinando el cargador, no será sancionado por homicidio doloso, pero sí por homicidio culposo. El que creyó ser víctima de una agresión por parte del bromista disfrazado, pero podía haber advertido la realidad con un poco de atención, estaría en situación semejante. El juez que quebranta la ley procesal en términos de producir nulidad, por ignorancia de la ley, pero que pudo conocerla simplemente leyendo el Diario Oficial de quince días atrás, donde apareció la modificación legal que él no advirtió, no será sancionado por la forma dolosa de esa conducta, prevista en el Art. 224 del Código, sino por la culposa, contemplada en el Art. 225.

La solución no es tan clara si el error **evitable** recae sobre la licitud de la acción. En efecto, la falta de diligencia que aquí se reprocha no se refiere a la ejecución del acto, sino a no haberse informado sobre su

significado para el derecho: si era o no aprobado por éste. El resultado típico no se debe a falta de diligencia en el **actuar**, sino en el **saber**. Pero al imponer castigo por el resultado causado en estas circunstancias estamos dando por descontado que si el agente se hubiera informado acerca de la ilicitud de su acción, **habría desistido de obrar**, circunstancia sobre la cual sólo se puede conjeturar. En suma, no hay aquí (al menos, no siempre y necesariamente) **una relación de causalidad entre el error y el resultado**. Por lo tanto, no se justifica cargar en cuenta al agente el resultado, ni a título doloso, ni culposo, ni tampoco otorgándole una atenuante. Esa es la solución correcta dentro de nuestra ley. El error acerca de la licitud de la conducta, como que no admite grados, no justifica ninguna sanción penal, haya sido o no evitable. No hay dolo, pero tampoco hay culpa causante del resultado.

Esta conclusión no es aplicable, obviamente, cuando la ley contempla algún tipo especial de carácter culposo, en que el elemento subjetivo consista, precisamente, en el error o ignorancia culposos sobre la licitud de la conducta: en tales casos será preciso sancionar por el tipo culposo en cuestión. Pero en esas situaciones será preciso convenir en que se ha quebrantado el principio "no hay pena sin culpa", ya que el resultado no se debe necesariamente a falta de diligencia en informarse sobre la licitud del acto.[1] En nuestro Código Penal, dichas circunstancias sólo se presentan en los Arts. 224, número 1°; 225, N^{os} 2°, 3°, 4° y 5°; 228, inciso 2°, y en una de las hipótesis del Art. 329.

Casos especiales de error. Merecen consideración especial algunos casos particulares de error.

---

[1] La sistemática welzeliana distingue entre el error de tipo y el de prohibición. El error vencible sobre el primero desplaza el dolo hacia la culpa y origina responsabilidad penal culposa, cuando la ley contemple un tipo de tal naturaleza. En cambio, si el error recae sobre la licitud, como la conciencia de ésta no forma parte del dolo, este último no resulta eliminado, y para no desconocer todo efecto al error vencible sobre la antijuridicidad, no queda más solución que admitir la responsabilidad dolosa, pero otorgar una atenuante. La adopción de esta doctrina ha llevado a consagrar tal solución en el Código Penal Alemán, desde 1975 (párrafo 17) y en el nuevo Código Penal Español de 1995 (Art. 14). Pensamos que esas soluciones legislativas violan el principio "no hay pena sin culpa". CURY (*op. cit.*, II, p. 71) y GARRIDO MONTT (*op. cit.*, p. 235) creen que, aun sin texto legal expreso, esa solución es también válida en nuestra ley. La atenuante otorgada al error de prohibición vencible creen encontrarla en el Art. 11 N° 1° del C. Penal. No compartimos esa opinión. La referida atenuante sólo puede aplicarse en los casos de efectiva concurrencia de las eximentes del Art. 10 en forma incompleta; no en el caso de simple *creencia* de que ellas concurren. Si existe tal creencia, hay una eximente completa de responsabilidad, pues el acto no es *voluntario*. Por lo demás, no se advierte cómo podría invocarse tal atenuante cuando el error recayera directamente sobre la *ley*, no sobre la eventual concurrencia de las eximentes del Art. 10.

1. Desviación del acto (aberratio ictus). No es propiamente un error sobre las circunstancias existentes, sino un error en la previsión de las consecuencias del acto. Se apunta sobre Juan, se dispara, y por mala puntería o por un movimiento inesperado, el proyectil va a dar muerte a Pedro. Se produce así una disconformidad entre el curso causal representado y el efectivamente acaecido. La doctrina alemana, mayoritariamente, considera que en estos casos hay un concurso de delitos entre una tentativa (del delito querido y representado) y un delito culposo de lo efectivamente acaecido. Para otros autores, como CARRARA,[1] SOLER,[2] ANTON Y RODRIGUEZ,[3] debe sancionarse simplemente por lo producido, como doloso, ya que la ley protege en general la vida humana; el homicidio consiste en matar a otro, injusta o dolosamente, y eso es precisamente lo que el agente ha hecho. Parecida, pero no igual, es la situación de la **aberratio delicti**,[4] en la cual la desviación material resulta en la comisión de un delito distinto: se lanza una piedra para causar daños en un escaparate, y ella va a lesionar gravemente a un transeúnte.

El inciso final del Art. 1° dispone:

"El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso, no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad, pero sí aquellas que la atenúen".

El tenor literal de la disposición estatuye una regla para el caso de que se cometa un delito con **dolo directo** ("se proponía ofender") y que dicho delito lo fuera contra las personas. La persona a quien se quería ofender y la que resultó efectivamente ofendida no son, en sentido amplio, los "titulares del bien jurídico ofendido", sino las víctimas directas del delito en cuanto personas. La regla no está dada para cuando se quería destruir el automóvil de Juan y resulta destruido el de Pedro, sino cuando se quería matar o lesionar a Juan y resulta muerto o lesionado Pedro. El sentido de la regla legal es que siempre hay responsabilidad dolosa por el delito cometido, pero que si la calidad personal especial de la víctima o sus relaciones con el agente determinarían una penalidad más grave, esa especial calidad no se tomará en cuenta para calificar el delito: éste se penará como si efectivamente se hubiera

[1] CARRARA, *Programa,* N° 262.
[2] SOLER, *op. cit.,* II, p. 92.
[3] ANTON y RODRIGUEZ, *op. cit.,* I, pp. 213-214.
[4] ANTOLISEI, *op. cit.,* p. 307.

dado muerte a Juan y no a Pedro. La Comisión Redactora dejó expreso testimonio de que tal sería el caso en que la víctima prevista por el agente fuera un extraño a él, y la víctima resultante fuera el padre del hechor: se penaría como homicidio simple, no como parricidio.

La disposición transcrita cubre los casos de **aberratio ictus**, y en ello está de acuerdo la mayor parte de la doctrina nacional.[1] Algunos autores, sin embargo, opinan que sólo se refiere a los casos de **error in persona**, de los que más adelante se trata.[2] No obstante, pensamos que el tenor literal del precepto no permite cubrir los casos de **aberratio delicti**. Es decir, la regla supone que el mal (delito) realizado es el mismo que se proponía el autor, y que sólo varía la persona que lo recibe. Si no sólo la persona, sino el mal es distinto, es decir, se comete un delito diferente, creemos que debe aplicarse la regla general: concurso de tentativa o frustración de lo querido (daños en el escaparate) y delito culposo de lo efectivamente acaecido (lesiones del transeúnte).

2. Error sobre el curso causal (error in objecto; error in persona; dolus generalis). Al tratar del "dolo genérico" y del "dolo específico", hicimos referencia al dolo que los alemanes llaman **dolus generalis** o "dolo de WEBER", dolo que cubriría tanto las consecuencias previstas de la acción como aquellas que se desviaron notablemente de la cadena causal que el agente se representó, pero que terminaron en un resultado idéntico al querido por el autor. Conforme a lo que hemos expuesto sobre la naturaleza del dolo, debe afirmarse que si el resultado coincide con el que el agente se proponía; si la acción inicial era idónea para producir tal resultado, y si objetivamente existe una relación de causalidad entre la acción inicial y el resultado, debe afirmarse la existencia de dolo, aunque el curso causal efectivo haya discurrido en forma distinta a la prevista por el agente (rara vez o nunca el decurso causal exacto podrá ser previsto por quien actúa).

El error de tipo puede recaer sobre el objeto material del delito, y en tal caso se habla de **error in objecto**, que en los casos en que dicho objeto material sea una persona, recibe el nombre particular de **error in persona.** No hay aquí una desviación material del acto, sino una equivocada representación de la realidad en el agente: se da muerte de un disparo a un transeúnte, creyendo que es Juan, y resulta que en verdad se trataba de Pedro. A este caso, sin discusión, se refiere el Art. 1°,

[1] FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 64; FUENSALIDA, *op. cit.*, pp. 10-11; LABATUT, *op. cit.*, I, p. 175; GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 98.

[2] NOVOA, *op. cit.*, I, p. 582; CURY, *op. cit.*, I, p. 260.

inciso final, mencionado más arriba en relación con la **aberratio ictus**: se sanciona al hechor, pero no se toman en cuenta las circunstancias que harían más grave su delito y que él no se representó. La doctrina nacional concuerda al respecto.

En los demás casos de **error in objecto** debe atenderse a si la particular naturaleza o condición jurídica del objeto afecta la tipicidad o la licitud del acto: si alguien, queriendo sustraer un objeto de Juan, sustrae uno de Pedro, el error es irrelevante y hay siempre hurto doloso. Pero si, con el mismo propósito, el agente se lleva por error una cosa **propia**, la tipicidad desaparece, pues la cosa no es ajena, y no hay responsabilidad penal.

Al referirnos a la exigencia de conocimiento de las circunstancias típicas en el dolo, señalamos que si se trataba de un delito de resultado, era preciso tener conocimiento de la aptitud causal del hecho ejecutado, en relación con el resultado propuesto o representado. Como se advierte, es un tema muy parecido al que se plantea en el caso del *dolus generalis*. La mayor parte de la doctrina exige que el sujeto se represente "la cadena", esto es, la forma en que su acto llegará a producir el resultado, pero igualmente todos admiten que una representación exacta del curso causal es imposible, aun en los casos que parecerían más evidentes: quien dispara sobre otro a quemarropa no puede saber exactamente el curso del proyectil y el daño que éste causará en el cuerpo de la víctima hasta acarrear la muerte. De ahí que los autores se conformen con exigir un conocimiento "aproximado" del curso causal, y distinguen acerca de las desviaciones "accidentales" y "esenciales" de esa representación; sólo estas últimas tendrían la virtud de eliminar el dolo por "error de tipo". Según dijimos al tratar del tema, una vez averiguado que existe un nexo causal efectivo entre la acción y el resultado, sólo cabe exigir, para afirmar el dolo, que el agente se haya representado la potencialidad causal de su acto, es decir, en el caso, que el disparo que efectúa sobre su víctima es apto para causarle la muerte, sea cual fuere el curso que efectivamente se dé. No es necesaria una representación exacta, ni siquiera "esencialmente" aproximada del curso causal efectivo.

3. La no exigibilidad. Ya se ha dicho que para la concepción normativa de la culpabilidad, el juicio de reproche exige, además del conocimiento y el ánimo, la **exigibilidad** del acatamiento a la ley. Para GOLDSCHMIDT,[1] el súbdito del orden jurídico tiene una "norma de de-

[1] GOLDSCHMIDT, *La concepción,* pp. 10 y ss.

ber" en cada circunstancia, que es individual. Ordinariamente, dicha norma manda someterse a las prescripciones del derecho, y "norma de derecho" se identifica con "norma de deber". Por excepción, sin embargo, las circunstancias serán tales, que el acatamiento a la norma de derecho exigiría el heroísmo o una fortaleza sobrehumana, y en tal caso la norma de deber no ordena someterse al derecho; se dice entonces que falta la exigibilidad de otra conducta. Puesto que estas situaciones de excepción (o de "motivación anormal") pueden en principio ser muy diversas, los normativistas las unifican con el título de "no exigibilidad de otra conducta".

En edición anterior de esta obra afirmamos que no puede aceptarse entre nosotros la existencia de una eximente amplia y general basada en la "no exigibilidad de otra conducta". Fundamentalmente, esta afirmación es verdadera, y la mantenemos. Pero creemos necesario introducir aquí algunas precisiones. En efecto, tal como ocurre respecto del error, nuestra ley no se refiere de modo expreso a la ausencia del elemento **intelectual** propio del dolo, pero por vía de interpretación sistemática se llega sin duda a aceptarla de un modo amplio y general como causal de inculpabilidad. Cosa semejante ocurre con el elemento **libertad**, integrante subjetivo indispensable para que la voluntad sea calificada como dolo. En nuestra ley, este componente está expresado en la voz "voluntaria" que se emplea en la definición de delito en el Art. 1°. Recuérdese que PACHECO, miembro de la comisión que redactó el Código Penal de 1848, y de gravitante influencia en la misma, atribuye a esa expresión el alcance de **"libre, inteligente e intencional".** La **libertad** para él es, por consiguiente, un elemento sin el cual no hay "voluntariedad" y, por lo tanto, no hay delito. Nuestro Código, como su modelo español, son cuerpos legales hijos de la filosofía política liberal, para la cual la justificación moral de la sanción penal se encuentra en que el agente al cometer el delito ha hecho mal uso de su libertad. Correspondientemente, las penas que predominan son las privativas de libertad o restrictivas de la misma. La persona que de modo permanente es incapaz de conducirse con libertad, es un inimputable, y a su respecto pueden imponerse tratamientos o medidas de seguridad, pero no penas. Recuérdese que para PACHECO[1] el Código Penal de 1822 era redundante al caracterizar el delito diciendo: "Comete delito el que libre y voluntariamente, y con malicia, hace u omite..." PACHECO opinaba que "malicia" era la intención, y que al decir "voluntariamente" se compren-

[1] PACHECO, *op. cit.*, I, p. 74. Véase también lo dicho supra, al comienzo del párrafo sobre El dolo en el Código Penal.

día ésta, al igual que el conocimiento y la libertad. Es significativo que en la sesión 120 de la Comisión Redactora de nuestro Código, RENGIFO pidió que se reconsiderara el acuerdo de introducir un artículo (el actual 2°) para diferenciar el delito doloso y el culposo, ya que en su opinión la definición del Art. 1°, al exigir **voluntariedad**, comprendía a ambas especies, puesto que esa expresión "sólo significa acción u omisión **libre, ejecutada sin coacción o necesidad interior**". Su proposición fue rechazada, pero no porque el resto de la Comisión pensara que la "voluntariedad" no exigía libertad, sino porque (como se desprende de la argumentación) estimaba que la voz "voluntaria" comprendía **además** la intención, que en cambio estaba ausente en el cuasidelito.

De lo anterior se concluye que si no hay libertad en el obrar, la voluntad no puede calificarse como dolo y, por lo tanto, de modo amplio y general, cada vez que falte la libertad estará ausente también el juicio de reproche, la culpabilidad.

Ahora bien, la libertad exigida por la ley no es una libertad ideal, absoluta, como la atribuida al asno de BURIDAN: siempre hay elementos internos o externos que presionan en mayor o menor grado la voluntad para hacerla decidirse en un sentido u otro. Lo ordinario, según se ha explicado, es que la ley disponga que su mandato sea tomado en cuenta como factor decisivo al momento de obrar, aun a costa de esfuerzos o sacrificios. Pero cuando la voluntad se encuentra influida por circunstancias tan poderosas que no han podido ser resistidas, la ley admite que la conminación penal no podrá prevalecer en la decisión de quien actúa y, por lo tanto, no podrá exigir acatamiento, ni reprochar la desobediencia. Principalmente, estas situaciones se presentan cuando el agente es objeto de **violencia, intimidación o coacción**.

La **violencia** es el empleo efectivo de fuerza física sobre la persona, pero no para desplazarla en el espacio como un cuerpo inanimado, sino para provocar en su voluntad la determinación de obrar o no obrar en determinado sentido contrario a la ley. El caso característico es el de quien es sometido a tortura. A esta fuerza se la denomina **vis compulsiva**, a diferencia de la primera, que es denominada **vis absoluta** y de la que ya se ha hablado a propósito de la ausencia de acción. La **intimidación** es la amenaza, pero siempre amenaza de emplear fuerza en forma inminente, y no de otra cosa, ni a plazo más largo. La amenaza puede ser tácita, derivada de actitudes o ademanes. La fuerza con que se amenaza puede presentarse como aplicable no sólo a la persona presionada, sino a otra persona, y en este caso tendrá tanto más eficacia cuanto mayor sea el lazo de afecto con la persona a quien se quiere arrancar una determinación. La **coacción** es también una amenaza, mas

no necesariamente de empleo de fuerza física; puede ser conminación de otra clase de mal, pero también este último debe aparecer como inminente: las amenazas de males (fuerza u otros) a largo plazo no producirán el efecto de privar de toda elección al amenazado.

Tanto la concurrencia de estas situaciones como especialmente su **intensidad**, deberán ser apreciadas en cada caso: la verosimilitud de aquello que se amenaza; la gravedad del mal anunciado; los vínculos con el tercero que sufriría el mal; la importancia de la infracción que se quiere obligar a cometer, comparada con el mal con que se amenaza, etc., serán factores que deberán tomarse en consideración en cada situación. No creemos que sea obstáculo para admitir la falta de libertad el hecho de que la contingencia grave e inmediata que se teme provenga, no de un tercero, sino de la naturaleza u otras circunstancias; si tal cosa se admite objetivamente al apreciar el estado de necesidad, no hay razón suficiente para excluirla cuando se trata de apreciar la falta de libertad.

Los casos a que venimos refiriéndonos no requieren la existencia de una causal expresamente reconocida de "inexigibilidad": ellas tienen como fundamento el eliminar algo que positivamente debe integrar el delito para que éste exista. Nuestra ley, por otra parte, no ha podido desconocer esta realidad y también el hecho de que hay circunstancias en las cuales exigir el acatamiento al derecho equivaldría a cargar al ciudadano con la obligación de un sacrificio sobrehumano o de una acción heroica y, en consecuencia, lo exime de pena. La mayor parte de los casos generales analizados más arriba caerán dentro de la previsión legal expresa. En otros casos, sin llegar a la exención total, se concede una causal de atenuación, en vista de lo poderoso de los motivos que han inclinado su voluntad.

Los principales casos en que nuestra ley considera la exigibilidad son los siguientes:

a) Como eximentes de responsabilidad de carácter general: el miedo insuperable; la obediencia debida; la fuerza irresistible (aunque esto es controvertido) y el encubrimiento de parientes;[1]

b) Impunidad de ciertas conductas antijurídicas: el falso testimonio en causa propia (civil o penal); la evasión del detenido. Estas conductas son antijurídicas, como que los extraños que las realizan reciben pena. Pero la ley ha estimado que en tales casos no puede exigirse al ciuda-

[1] La doctrina más reciente acepta esta calificación del encubrimiento de parientes. Excepcionalmente, GARRIDO MONTT (*op. cit.*, p. 239) opina que es una excusa legal absolutoria.

dano que diga la verdad y pierda el pleito (o sufra la pena), o que permanezca detenido y renuncie a la libertad;

c) Subordinación del mandato legal, en ciertos tipos, a la motivación normal; tal es el caso de los delitos de los Arts. 494 Nº 14 (omisión de socorro) y 496 Nº 2º (denegación de auxilio impropia). Se obliga allí a socorrer a las personas que están en peligro de perecer y a auxiliar a la autoridad en caso de calamidad pública, pero se subordina esta obligación a la circunstancia de que ello pudiera hacerse "sin grave detrimento propio". La ley admite que no puede exigir a todos el heroísmo;

d) Circunstancias atenuantes de carácter general: es el caso de la legítima defensa y el estado de necesidad incompletos, es decir, cuando falta alguno de los requisitos legales (v. gr., se sacrifica un bien ajeno para salvar uno propio de igual valor; se excede la necesidad racional del medio empleado), y de las atenuantes llamadas "pasionales", del Art. 11 Nos 3º, 4º y 5º (haber precedido provocación o amenaza del ofendido, obrar en vindicación próxima de una ofensa grave, actuar por estímulos poderosos, que hayan producido arrebato y obcecación); las eximentes de fuerza irresistible y de miedo insuperable, cuando no llegan a revestir estos caracteres plenamente;

e) Atenuantes particulares de la Parte Especial: se atenúa la pena de la mujer que causa su propio aborto cuando lo hiciere para ocultar su deshonra (movida por la vergüenza) (Art. 344 inc. 2º); se disminuye la penalidad del sobornante cuando diere el soborno en causa criminal para favorecer a su cónyuge o ciertos parientes procesados (Art. 250).

Trataremos aquí de las eximentes generales que se fundamentan en este principio, con excepción del encubrimiento de parientes, que será analizado en el capítulo sobre participación. De las demás disposiciones que en él se inspiran, nos ocuparemos en el lugar correspondiente.

a) **El miedo insuperable.** El Art. 10 Nº 9º refunde dos causales eximentes del Código Español, y declara sin responsabilidad penal al que obra "violentado por una fuerza irresistible" o "impulsado por un miedo insuperable". Respecto de esta última situación, la ley española agregaba "de un mal mayor", exigencia que PACHECO criticaba y que la Comisión Redactora eliminó, probablemente por considerar que la raíz de la eximente es subjetiva, psicológica y no objetiva, como las causales de justificación.

El miedo, considerado como una de las emociones primarias del hombre, se distingue psicológicamente del "temor". El miedo tiene una raíz emocional e instintiva más fuerte; el temor, en cambio, es racional y es compatible incluso con un estado de ánimo tranquilo y reflexivo. El "terror" y el "espanto" son grados tan acentuados del miedo que con frecuencia llegan al oscurecimiento de la conciencia y pueden consti-

tuir más bien la eximente de privación temporal de razón. La ley, sin embargo, no ha hecho mayores distinciones en cuanto a los matices psicológicos de esta emoción.

El Código no establece ninguna exigencia en cuanto a la naturaleza de los motivos que inspiran el miedo: puede tratarse de un hecho de la naturaleza o de la acción de un tercero (agresión o amenaza).

En cuanto a la "insuperabilidad", algunos sostienen que ella se da cuando el miedo es tan grande que el sujeto pierde la noción de sus actos o el dominio de los mismos. Ya hemos dicho que en tales casos se aplica con más propiedad la eximente de privación temporal de razón. El requisito en estudio significa solamente que para dominar su miedo y no permitir que él determinara sus actos, el sujeto hubiera debido desplegar una fortaleza de carácter heroico, superior a la que es dable exigir en el hombre normal. Esto ocurrirá cuando se teme un mal actual o inminente y grave, que amenaza al sujeto o a un ser que le es afecto. En cuanto a la gravedad, nuestra ley no exige que se tema un mal en el cuerpo o la vida, como otras legislaciones, ni tampoco proporcionalidad estricta entre el mal temido y el causado, como en el estado de necesidad. Pero, naturalmente, será difícil sostener que el miedo es "insuperable" si la amenaza no reviste cierta gravedad, generalmente para la vida, la integridad corporal o la salud.

Hay dos limitaciones para el funcionamiento de esta eximente. No pueden invocarla, en primer término, las personas que han adoptado profesiones en las que deben afrontar riesgos: soldados, bomberos, etc. Ellos se dedican libremente a actividades que de costumbre despiertan miedo en las personas. No podrían, en consecuencia, invocar este miedo ordinario. Debería tratarse de un miedo muy intenso causado por circunstancias del todo extraordinarias. En seguida, tampoco pueden invocarla quienes están jurídicamente obligados a soportar el mal que temen: el soldado no puede invocarla para desertar en la batalla; el condenado no puede invocarla para dar muerte al verdugo o al carcelero. Son casos en que la ley exige expresamente un sacrificio.

b) **La fuerza irresistible.** La primera parte de la disposición citada precedentemente se refiere al que obra "violentado por una fuerza irresistible". Hemos dicho, en su oportunidad, que no se discute que aquí se contemplan los casos de **vis absoluta**, en que el sujeto es un mero cuerpo físico sometido a la acción de los fenómenos naturales o las fuerzas de terceros, casos en que desaparece la acción, el elemento substancial del delito. La interpretación tradicional de esta eximente, desde PACHECO[1]

[1] PACHECO, *op. cit.*, I, p. 171.

es que su alcance no llega más allá; está restringida a la **vis absoluta**, en que no hay acción. La doctrina y la jurisprudencia casi uniforme en España siguen manteniendo este punto de vista. Entre nosotros, participan de él FUENSALIDA[1] y, modernamente, NOVOA.[2]

Pero esta interpretación tradicional no siempre ha sido seguida por los tribunales chilenos. Dejando aparte los casos de privación temporal de razón, hay situaciones en las cuales una fuerza o estímulo psicológico puede ser tan irresistible como el miedo, y en tal caso numerosas sentencias de nuestros tribunales han aplicado la eximente de fuerza irresistible,[3] dándole a esta expresión un alcance amplio, comprensivo tanto de la fuerza material absoluta como de la fuerza psicológica o moral. Esta opinión es compartida por FERNANDEZ[4] y en nuestros días, por LABATUT,[5] CURY y GARRIDO MONTT.[6]

En nuestra opinión, es posible que para la Comisión Redactora el sentido de "fuerza irresistible" fuera el tradicional, aunque lo más probable es que ni siquiera se planteara el problema, ya que no hay testimonio de que así ocurriera, y PACHECO consideraba el asunto muy claro. Sin embargo, el texto mismo de nuestra ley no distingue, y por "fuerza", sin distinciones, se entiende en su sentido natural y obvio, tanto la material como la moral o psicológica. Para interpretar restrictivamente la ley, sería preciso que de la interpretación literal resultara una contradicción lógica o sistemática, que no nos parece que ocurra en este caso. Por el contrario, la interpretación amplia es más armónica con el resto del sistema, ya que si se reconoce a una emoción, como es el miedo, valor excusante si es insuperable, no se divisa por qué habría de negárseles igual valor a otras emociones (dolor, ira, etc.) si alcanzaran igual grado de intensidad. Es verdad que en el Art. 11, N^{os} 3°, 4° y 5°, se hace referencia a las emociones como atenuantes (ira, venganza, arrebato en general), pero a nuestro juicio ello se refiere a los casos en que dichas emociones son poderosas, mas no irresistibles.

La exigencia de que la fuerza deba ser "irresistible" es freno suficiente para cualquier abuso que pudiera producirse al amparo de esta interpretación. Desde luego, como el arrebato y la obcecación son sólo atenuantes, debe tratarse de algo más que eso. La ley supone que los

---

[1] FUENSALIDA, *op. cit.*, p. 61.

[2] NOVOA, *op. cit.*, p. 280.

[3] Véanse referencias en NOVOA, *op. cit.*, p. 282, y LABATUT, *op. cit.*, I, pp. 258-259, y en nuestra obra *El Derecho Penal en la Jurisprudencia,* tomo II, pp. 111 y ss.

[4] FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 96.

[5] LABATUT, *op. cit.*, p. 257.

[6] CURY, *op. cit.*, II, p. 79; GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 240.

hombres normalmente pueden y deben dominar sus impulsos, aunque comprende que en tales casos es más difícil obedecer al derecho, y por eso concede una atenuante. Pero la fuerza se torna irresistible cuando el sujeto, para dominarla, hubiera debido desplegar un esfuerzo heroico, sobrehumano, que la ley no le puede exigir. Para invocar esta eximente, además, será necesario que esa fuerza irresistible no derive de una causa que el sujeto estuviera legítimamente obligado a soportar, tal como dijimos tratándose del miedo. Asimismo, habrá que considerar que una pasión o emoción, por fuertes que sean, no son irresistibles si no tienen un coadyuvante que refuerce su potencia (angustia, ansiedad extrema, gran tensión nerviosa, desesperación) o si no caen en terreno propicio (personalidad psicopática). Teniendo presente estas exigencias, la eximente puede funcionar sin peligro.

c) **La obediencia debida.** En el Código Español se consideraba como una eximente especial el caso del que "obra en virtud de obediencia debida". La Comisión Redactora suprimió esta disposición por estimar que ella resultaba superflua dentro de la eximente anterior de "obrar en cumplimiento de un deber", y porque ella equivaldría a dar al subordinado el derecho de examinar la legitimidad de la orden del superior y casi a autorizar la insubordinación (sesión 7ª). Este último argumento es extraño: si se exime de responsabilidad al que obedece al superior, con ello se le invita, precisamente, a que obedezca sin mayores preocupaciones por las consecuencias penales de su acto; justamente lo contrario de lo que temía la Comisión Redactora.

No obstante, es verdad que en el fondo cuando se obra en virtud de obediencia debida se está cumpliendo generalmente con un deber, y en tal caso una disposición especial parece superflua. Mas no siempre ocurre así. Dijimos, al tratar de las causales de justificación, que el deber impuesto por la ley podía ser **sustancial** (la ley ordena conductas concretas) o **formal** (la ley ordena obedecer a otra persona). En el primer caso, siempre estaremos ante una causal de justificación. En el segundo, solamente habrá causal de justificación si se trata del cumplimiento de una orden lícita: en tal caso el subordinado cumple un deber, y el superior ejercita legítimamente su autoridad o cargo. Pero si el superior da una orden ilícita, el acto no queda intrínsecamente justificado por tal circunstancia: no hay causal de justificación. Sin embargo, el inferior no recibe pena; la razón por la cual está exento de pena es uno de los temas más debatidos en la teoría del delito.

Para dilucidar este punto, es preciso determinar los requisitos previos que se necesitan para que pueda invocarse esta eximente. En primer término, debe tratarse siempre de un deber **jurídico**, es decir, impuesto por la ley. Quedan aparte las obediencias que tienen otra fuente

(doméstica, religiosa, etc.). No obstante, debe tenerse presente que el Art. 219 del Código Civil establece la obligación **jurídica** de obediencia para los hijos, respecto de su padre y madre, y los declara especialmente **sometidos** a aquél.

En seguida, la obligación de obediencia está sujeta por la ley a ciertos requisitos: 1) Debe existir una relación de subordinación jerárquica entre el que manda y el que obedece; 2) La orden debe referirse a las materias propias del servicio en el cual existe la relación jerárquica indicada; 3) El superior debe actuar dentro de la esfera de sus atribuciones, y 4) La orden debe estar revestida de las formalidades legales que correspondan, si las hay. Dadas estas circunstancias, surge la obligación de obedecer, impuesta **por la ley.**

Esta relación jerárquica que da origen a la obediencia debida se presenta por lo general en tres órdenes de actividades: las fuerzas armadas, la administración de justicia y la administración pública. El primer problema que se plantea es el de determinar si el subordinado puede o no entrar a examinar el cumplimiento de las condiciones precedentemente enunciadas para que la orden sea lícita y obligatoria. Según el sistema que se siga en las diversas legislaciones, se habla de obediencia **absoluta**, **relativa** y **reflexiva.** En el sistema de obediencia **absoluta**, el inferior debe siempre obedecer al superior en materias de servicio, sin inspección o reserva de ninguna clase. Cuando existe obediencia **relativa**, el inferior debe obedecer sólo las órdenes lícitas y no las ilícitas, lo que lo obliga a examinar este aspecto. Por fin, en la obediencia **reflexiva**, el subordinado puede (y a veces debe) examinar la licitud de la orden; si la considera ilícita, debe representarlo al superior, pero si éste insiste, está obligado a obedecer. Culminan todos estos sistemas con la creación del delito de **desobediencia**, con éste u otro nombre, para el subordinado que no obedece, estando obligado a hacerlo.

En el sistema de la obediencia **relativa**, y también en el de la **reflexiva**, cuando el subordinado omite la representación a que está obligado, los inferiores comparten la responsabilidad penal del superior (salvo caso de error o coacción) según las reglas generales. En el sistema de la obediencia **absoluta**, y en el de la **reflexiva**, una vez que el superior ha reiterado la orden, no hay responsabilidad penal para el inferior, pero sí subsiste para el superior.

El sistema seguido en Chile es el de la obediencia **reflexiva**, tanto en el orden administrativo, como en el judicial y en el militar. En materia administrativa, el Art. 252 dispone que los empleados públicos, pueden suspender el cumplimiento de las órdenes superiores, pero que deben cumplirlas, so pena de incurrir en delito, si los superiores desaprueban la suspensión e insisten en la orden. El Art. 159 señala que si

el empleado público ha cometido un delito de los contemplados en el respectivo párrafo, por orden de un superior a quien debe obediencia, las penas se impondrán sólo a éste. En materia judicial, el Art. 226 ordena a los miembros de los tribunales de justicia no cumplir las órdenes que sean evidentemente contrarias a las leyes, o cuando concurran otros motivos graves que allí se señalan. Pero en tal caso debe representarse esta suspensión al superior, y si éste insiste, debe cumplirse la orden, recayendo la responsabilidad sólo en el superior. En materia militar,[1] el Art. 335 del C. de Justicia Militar dispone que el inferior puede suspender o modificar el cumplimiento de una orden en caso de que ella tienda notoriamente a la perpetración de un delito o por otras razones de peso que allí se indican, dando inmediata cuenta al superior. Si éste insiste, la orden debe cumplirse, y en tal caso, según el Art. 214, sólo el superior es responsable. No obstante que según el Art. 335 la representación es facultativa y no obligatoria, en caso de que la orden tienda, efectivamente, a la perpetración de un delito, y el inferior no haga uso de su facultad de representar la ilegalidad de la orden, éste queda responsable penalmente como cómplice del superior.

A partir de MAX ERNST MAYER, se admite en general que la obediencia debida, en el caso de órdenes ilícitas, no es causal de justificación. Entre nosotros, eso no puede discutirse, dado que hay responsabilidad penal para el superior. Parecería, en consecuencia, que se trata de una simple eximente personal para el inferior. Pero ¿por qué razón? Algunos han sugerido que por **error**: ante la insistencia del superior, el inferior cree que la orden es lícita. A veces, así puede ocurrir, y en tal caso hay una causal de inculpabilidad, pero en otros casos el inferior sabrá perfectamente que está ejecutando un delito.[2] Otros hablan de una causal de justificación subjetiva: sería lícito el obedecer, mas no el ejecutar el acto ilícito mismo. Confesamos no percibir la diferencia, cuando obedecer consiste precisamente en ejecutar el acto ilícito. Sería desconcertante decir que puede el afectado defenderse legítimamente contra la agresión, mas no contra la obediencia. En la doctrina nacional,[3] NOVOA vacila entre ver aquí un conflicto de deberes, en que primaría el más importante (caso en el cual habría una causal de justificación), o bien un caso de falta de dolo o culpa (por no contravenirse el deber jurídico) o de no exigibilidad, solución esta última que le parece preferible.

---

[1] NOVOA, *op. cit.*, p. 423, afirma que en materia militar la obediencia es absoluta. Por las razones dadas en el texto, opinamos que es reflexiva.

[2] SOLER, *op. cit.*, I, p. 274 y ss.

[3] NOVOA, *op. cit.*, p. 594.

En nuestra opinión, debe rechazarse la idea de que la orden ilícita en que el superior insiste impone un **deber** jurídico de cumplirla, y ello, a pesar de las disposiciones que sancionan por delito de desobediencia en caso contrario. Veamos, para demostrarlo, la verdadera "aporía" que se produce en el caso siguiente. El jefe de un establecimiento penal ordena a un carcelero que dé muerte a un prisionero. El carcelero le representa la ilegalidad de la orden, pero el superior insiste en que la cumpla. El subordinado se encuentra entonces ante dos posibilidades: cumple la orden o no la cumple. Si no la cumple, de acuerdo con el Art. 252, debería ser sancionado por delito de desobediencia; luego, es antijurídico que no cumpla la orden. Si la cumple, queda él exento de pena, pero responde criminalmente el superior, lo que demuestra que el acto en sí no está justificado, o sea, en último término, también es antijurídico que se cumpla la orden. Esto es contradictorio, es una imposibilidad lógica. Luego, hay una de estas alternativas que **no es antijurídica.** Como no cabe duda, por las razones señaladas y por lo evidente del ejemplo, que el asesinato del prisionero es antijurídico, no cabe sino concluir que el incumplimiento de la orden no es antijurídico, y que en el caso, si el carcelero no la cumple, no incurre en responsabilidad penal alguna. Aparte de esta razón de pura lógica, existe una razón más profunda. Dijimos que una de las condiciones para la obligatoriedad de la orden era que el superior obrara dentro de la esfera de sus atribuciones. Pues bien, jamás el ordenamiento jurídico autoriza para imponer a los inferiores la comisión de delitos. Luego, a estas órdenes les falta siempre un requisito para ser jurídicamente obligatorias. Sin embargo, la ley comprende que no puede **exigir** a los inferiores que insistan en desobedecer, a riesgo de ser sancionados hasta penalmente en caso de que resulten estar equivocados acerca de la ilicitud de la orden, y en consecuencia, los **autoriza** para ejecutar la orden, eximiéndolos de responsabilidad. Pero parece claro que si el inferior afronta los riesgos y se niega a cometer un delito, no puede la ley reprochárselo y penarlo. Claro está que en este último caso debe cargar con el riesgo de equivocarse en cuanto a la legalidad de la orden: si ésta resulta verdaderamente lícita, su buena fe no le servirá de excusa. Por todas estas razones creemos que la exención de pena por obediencia debida a órdenes ilícitas, es un caso más de **no exigibilidad de otra conducta.**[1]

[1] Concuerda con esta interpretación CURY, *op. cit.*, II, p. 90. Sobre este tema en la ley chilena recomendamos la consulta de los siguientes trabajos: DE RIVACOBA, MANUEL, *La Obediencia Jerárquica en el Derecho Penal,* Ed. Edeval, Valparaíso, 1969; TOMIC, ESTEBAN, *La Obediencia Debida Eximente de Responsabilidad en el Derecho Penal Chileno,* Memoria de Prueba Universidad Católica de Chile, 1964; MACKAY BARRIGA, RAFAEL, *El delito de Desobediencia en el Código de Justicia Militar de Chile,* Editorial Jurídica de Chile, 1965.

INDICE

Prólogo 9
Nota a la primera edición (1964) 13
Nota a la segunda edición (1976) 15
Nota a la tercera edición (1997) 17

PRIMERA PARTE

EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

CAPITULO I

DERECHO PENAL: DELITO Y PENA

Conceptos fundamentales 21
La ciencia del derecho penal 23
Norma y ley penal: carácter sancionatorio del derecho penal 25
Imperatividad de la norma 27
Bienes y valores jurídicos 28
Naturaleza, fines y fundamentos de la pena 30

CAPITULO II

RESEÑA HISTORICA DEL DERECHO PENAL
Y LAS CIENCIAS PENALES

Evolución del derecho penal 36
1. Derecho romano, derecho germánico y derecho canónico 36
2. El derecho intermedio y moderno hasta el Iluminismo 37
3. Del Iluminismo a la época actual 38
4. El derecho español 42
5. Legislación penal en Latinoamérica 44
6. El derecho penal en Chile 45

La ciencia del derecho penal 48
1. Primera época 48
2. El Iluminismo 48
3. Los clásicos 50
4. La Escuela Positivista 52
5. Otras escuelas 54
6. La ciencia penal alemana 55
7. La ciencia jurídico-penal en otros países 56
8. España e Iberoamérica 56
9. La ciencia del derecho penal en Chile 59
Las ciencias penales 61

SEGUNDA PARTE

TEORIA DE LA LEY PENAL

CAPITULO I

FUENTES DE LA LEY PENAL

Bases constitucionales de la ley penal 65
Fundamentos internacionales del derecho penal 71
El principio de la reserva o legalidad 75
La ley como fuente de derecho penal 78
Leyes penales en blanco 83
Otras fuentes de derecho penal 87

CAPITULO II

CARACTERES, FORMAS Y VALIDEZ DE LA LEY PENAL

Formas de la ley penal 91
1. Las leyes penales según su contenido 91
2. Las leyes penales según su extensión 93
Validez de la ley penal 94

CAPITULO III

INTERPRETACION DE LA LEY PENAL

Fuentes de interpretación de la ley penal 101
1. Interpretación auténtica 101
2. Interpretación judicial 102
3. Interpretación doctrinal 102
Reglas de interpretación de la ley 102
1. Primera regla: elemento gramatical 103

2. Segunda regla: elemento teleológico 105
3. Tercera regla: elemento sistemático 106
4. Cuarta regla: elemento ético-social 106
Principios lógicos y valorativos de interpretación 107
Clases de interpretación de la ley 109
1. Interpretación extensiva 109
2. Interpretación restrictiva 110
3. Interpretación progresiva y el "derecho libre" 110
La analogía 112

CAPITULO IV

APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

Principio de la territorialidad 117
Principio real o de defensa 123
Principio de la personalidad 126
Principio de la universalidad 126
La ley penal y las sentencias penales extranjeras 127
Derecho y justicia penal internacionales 129
La extradición 134
1. Requisitos relativos a la calidad del hecho 135
2. Requisitos relativos a la calidad del delincuente 137
3. Principios relativos a la punibilidad del hecho o procesabilidad del delincuente 138
4. Efectos de la extradición 139

CAPITULO V

APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

Principio de la irretroactividad 141
Requisitos para la retroactividad de la ley penal 143
Leyes intermedias 147
Leyes temporales 148

CAPITULO VI

APLICACION DE LA LEY PENAL A LAS PERSONAS

El principio general 151
Excepciones de derecho internacional 151
1. Los Jefes de Estado extranjeros 151
2. Los representantes diplomáticos extranjeros 152
Excepciones de derecho interno 153
1. La inviolabilidad parlamentaria 153

2. Exención ministerial de los miembros de la Corte Suprema 154
Otras situaciones 155
1. Situación del Presidente de la República 155
2. Privilegios procesales que no constituyen excepción 156

TERCERA PARTE

TEORIA DEL DELITO

INTRODUCCION

Nociones generales 159
Definiciones extrajurídicas 160
Definición jurídica 164
Definición de delito en el derecho chileno 166
Los sistemas en la teoría del delito 169
Clasificación de los delitos según su gravedad 171

Sección Primera

LOS ELEMENTOS DEL DELITO

CAPITULO I

EL ELEMENTO SUBSTANCIAL DEL DELITO: LA ACCION

Concepto de acción 175
El elemento externo de la acción 177
El elemento interno de la acción 179
La concepción causalista de la acción 181
El efecto de la acción: el resultado 184
Teorías naturalistas de la causalidad 188
1. Teoría de la equivalencia de las condiciones 188
2. Teoría de la causa adecuada 190
3. Teoría de la causa necesaria 191
4. Doctrina de la relevancia 192
Teorías jurídicas de la causalidad 192
1. Teoría de la causa típica 192
2. Teoría de la causa humana 192
3. Teorías de Grispigni y Maggiore 193
4. Teoría de Soler 193
La relación de causalidad en la ley chilena 194
Imputación objetiva 197
Delitos de omisión 198

1. El concepto de "omisión" 198
2. La causalidad en los delitos de omisión 201
3. Los delitos de omisión en la ley chilena 203
4. Fuentes del deber de obrar 205
Lugar y tiempo de la acción. Número de acciones 207
Exclusión de la acción 208
1. La fuerza irresistible 208
2. La causa insuperable 209

CAPITULO II

EL ELEMENTO FORMAL DEL DELITO: LA TIPICIDAD

Generalidades 210
Doctrina y terminología de Beling 213
La estructura de las figuras delictivas 217
Elementos subjetivos y normativos de las figuras 221
1. Elementos subjetivos 221
2. Elementos normativos 223
Clasificaciones de las figuras 223
1. Figuras simples, calificadas y privilegiadas 223
2. Figuras simples y complejas 224
3. Figuras de una sola acción y de habitualidad 224
4. Figuras con singularidad y con pluralidad de hipótesis 224
5. Otras clasificaciones 226
Falta de tipicidad 228

CAPITULO III

LA VALORACION OBJETIVA DE LA ACCION:
LA ANTIJURIDICIDAD

Introducción 229
La concepción jurídica 231
1. Criterio subjetivo de la antijuridicidad 231
2. Criterio objetivo de la antijuridicidad 232
La esencia de la antijuridicidad 233
Los elementos subjetivos del injusto 234
Los elementos normativos de la figura 237
Exclusión de la antijuridicidad 238
El principio de la ausencia del interés: Consentimiento del interesado .. 240
El principio del interés preponderante: La actuación del derecho 242
1. El cumplimiento de un deber 243
2. El ejercicio legítimo de un derecho 244
3. El ejercicio legítimo de una autoridad o cargo 247
4. El ejercicio legítimo de un oficio o profesión 247

5. La omisión justificada 248
6. Otras causales 249
El principio del interés preponderante: La preservación de un derecho . 249
1. Legítima defensa 249
a) Legítima defensa propia 252
b) Legítima defensa del cónyuge y parientes 257
c) Legítima defensa de terceros extraños 258
d) Legítima defensa privilegiada 258
2. Estado de necesidad 261

CAPITULO IV

LA VALORACION SUBJETIVA DE LA ACCION: LA CULPABILIDAD

Nociones generales 270
Concepción psicológica y concepción normativa de la culpabilidad ... 271
Esencia de la culpabilidad 273
La imputabilidad y su ausencia 278
1. Falta de salud mental 280
2. Privación temporal de razón 285
3. La menor edad 288
El dolo 290
1. Teoría de la voluntad 291
2. Teoría de la representación 291
3. Teoría del consentimiento o asentimiento 291
Elementos 292
1. El conocimiento 292
2. El ánimo 296
3. La libertad 299
Clases de dolo 300
1. Dolo directo y dolo eventual 301
2. Dolo genérico o común y dolo específico 301
El dolo en el Código Penal 302
La culpa 312
Elementos de la culpa 314
1. Previsibilidad de un resultado producido 314
2. Obligación de prever su posibilidad y de conducirse de modo de evitarla 315
3. Imprevisión o rechazo del resultado posible 317
Formas de culpa en la ley chilena 318
a) Imprudencia 319
b) Negligencia 319
c) Ignorancia o impericia 319
d) Inobservancia de reglamentos 320
Sanción de los delitos culposos 321

Resultado mútiple 322
Participación 323
Compensación de culpas 323
El principio "no hay pena sin culpa" y sus excepciones 323
1. La responsabilidad objetiva 324
2. La preterintencionalidad 324
a) Delitos preterintencionales 324
b) Delitos calificados por el resultado 326
c) El versari in re illicita 328
3. La peligrosidad sin delito 330
Causales de inculpabilidad 330
1. El error 331
a) Error de hecho y error de derecho 333
b) Error de tipo y error de prohibición 333
c) Error esencial y error accidental 333
d) Error inevitable y error evitable 334
Efecto exculpante del error 334
El error excluyente del dolo 335
El error excluyente de la culpa 339
Casos especiales de error 340
1. Desviación del acto 341
2. Error sobre el curso causal 342
3. La no exigibilidad 343
a) El miedo insuperable 347
b) La fuerza irresistible 348
c) La obediencia debida 350